CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXVI
SEGUNDA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO

1994

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO: R-006679
COMPRA___CANJE___DONACION___
FECHA: 27 AGO. 2003
PRECIO:
PROCEDENCIA: CONSEJO DE ESTADO
PAIS: BIBLIOTECA

NUMERO CLASIFICACION
E/.1

IMPRESO EN COLOMBIA **PRINTED IN COLOMBIA**

Impreso en los Talleres de la Empresa Editorial de Cundinamarca Antonio Nariño - EDICUNDI
Santafé de Bogotá, D. C.,

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
1994

PRIMER TRIMESTRE

Presidente
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez

Vicepresidente
Dr. Miguel González Rodríguez

Secretaria General
Dra. Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Dr. Yesid Rojas Serrano
Presidente

Dr. Miguel González Rodríguez
Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Dra. Katerine Karakalpakis Calderón
Secretaria

SECCION SEGUNDA

Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Presidente

Dra. Clara Forero de Castro
Dr. Alvaro Lecompte Luna
Dr. Carlos A. Orjuela Góngora
Dr. Joaquín Barreto Ruiz
Dr. Diego Younes Moreno

Dra. Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Dr. Daniel Suárez Hernández
Presidente

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

Dra. Lola Elisa Benavides López
Secretaria

SECCION CUARTA

Dr. Guillermo Chahín Lizcano
Presidente

Dra. Consuelo Sarria Olcos
Dr. Jaime Abella Zárate
Dr. Delio Gómez Leyva

Dr. Carlos Alberto Flórez Rojas
Secretario

SECCION QUINTA

Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff
Presidente

Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Miguel Viana Patiño

Dr. Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Roberto Suárez Franco
Presidente

Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Humberto Mora Osejo
Dr. Jaime Betancur Cuartas

Dra. Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

PROCURADURIAS DELEGADAS

1ª Dr. Juan Carlos Henao
2ª Dra. Libia Zuluaga Uribe
3ª Dr. Jairo Maya Betancourt
4ª Dra. María Eugenia Samper R.
5ª Dra. Edné Cohen Daza
6ª Dra. Inés Hurtado Cubides
7ª Dra. Margarita Olaya de Obando
8ª Dr. Jaime Ossa Arbeláez
9ª Dra. Luz Stella Pena de Méndez
10ª Dr. Félix Arturo Mora

RELATORES

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

SECCION TERCERA

ACCION INDEMNIZATORIA POR TRABAJOS PUBLICOS-Oportunidad/ **ACCION ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD/OCUPACION TRANSITORIA DE INMUEBLE/OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLE**

La acción indemnizatoria por trabajos públicos fue regulada como una acción especial de responsabilidad directa o extracontractual en los artículos 261 y siguientes de la Ley 167 de 1941. Acción que comprendía en ese entonces no sólo la indemnización derivada de la ocupación permanente o transitoria de un inmueble sino también los daños ocasionados por esos mismos trabajos. El artículo 263 señalaba como oportunidad para el ejercicio de la acción "a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación". La acción así entendida sufrió un recorte considerable a causa de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 261 y siguientes de la aludida ley en cuanto se refería a la ocupación permanente. Ese efecto lo produjo la sentencia de 20 de junio de 1955 de la Corte Suprema.

OBRA PUBLICA/DAÑO A BIEN INMUEBLE/ACCION INDEMNIZATORIA-Término

Cuando se construye una obra pública y se alega que la construcción de la misma (Técnicamente el trabajo público) causó un daño a una propiedad inmueble, el término para formular la correspondiente acción indemnizatoria empezará a contar a partir de la terminación de la misma.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/OCUPACION TRANSITORIA DE INMUEBLE/PERJUICIOS/INMUEBLE/TRABAJOS PUBLICOS/OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLE/JURISDIC-

CION ORDINARIA/COMPETENCIA/CADUCIDAD-Término/ACCION INDEMNIZATORIA/ACCION DE REPARACION DIRECTA

A partir de la declaración de inexequibilidad de los artículos 261 y 88 de la Ley 167 de 1941 y hasta que empezó a regir el nuevo código administrativo, adoptado por el Decreto 01 de 1984, quedó al conocimiento de la jurisdicción administrativa lo relacionado con la ocupación transitoria y con los daños producidos a los inmuebles por esos trabajos. Se entiende así que lo atinente a la ocupación permanente quedó adscrita hasta ese año a la jurisdicción ordinaria. En este período, pese a lo que dispuso el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, que fijó el término de 3 años para la caducidad de las acciones de reparación directa, la caducidad de la acción indemnizatoria por tales trabajos siguió gobernada por la regla especial contemplada en el artículo 263 de la Ley 167, o sea por el término de dos años. La jurisprudencia de la Corporación fue enfática en afirmar que ese artículo 28 del Decreto 528 se refería a las acciones de reparación directa distintas de las indemnizatorias por trabajos públicos que tenían en el artículo 263 de la Ley 167 de 1941 una norma especial y propia que no había sido derogada. Vino luego el Decreto 01 de 1984, el cual unificó las acciones por trabajos públicos con las demás de reparación directa y les dio un término común de caducidad de dos años (artículos 86 y 136 inc. 4 del C.C.A.)

OBRA PUBLICA/PERJUICIO INSTANTANEO/PERJUICIO PROLONGADO/CADUCIDAD-Término/OCUPACION DE INMUEBLES POR TRABAJOS PUBLICOS

Es claro que una obra pública puede producir perjuicios instantáneos, por ejemplo, el derrumbamiento de un edificio aledaño, como también lo es que puede ser la causa de una cadena de perjuicios prolongada en el tiempo. Vgr. la obra impide el flujo normal de las aguas que pasan por un inmueble o es la causa de las inundaciones periódicas del mismo. En el primer evento (perjuicio instantáneo) el término de caducidad es fácil de detectar: tan pronto se ejecute la obra empezará a correr el término para accionar. Para una mayor certeza la jurisprudencia de la Sala a señalado como fecha inicial a quélla en que la obra quedó concluida. En los eventos de perjuicios prolongados en el tiempo, aunque en la práctica es más difícil detectar la fecha inicial por que puede confundirse el nacimiento del perjuicio con su agravación posterior, no por eso puede aceptarse que mientras se estén produciendo o agravando los daños seguirá viva la acción, porque esta solución sería la aceptación de la no caducidad de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, y contraría el mandato expreso de la ley que es enfática en hablar de dos años "contados a partir de la producción del hecho, omisión u operación

administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos"

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 8610. Actor: Francisco Antonio Iregui. Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Fondo Vial Nacional.

Procede de la Sala a conocer en grado de consulta la sentencia de 20 de mayo de 1993 dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se dispuso:

"1o.-DECLARAR a la Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transportes administrativamente responsable por los daños y perjuicios ocasionados al predio Sardinata, ubicado en Jurisdicción del Municipio de Acacías, vereda Brisas del Guayuriba, Departamento del Meta, y comprendida dentro de los linderos transcritos en esta providencia, por falla en el servicio, al omitir observar las precausiones necesarias y evitar efectos colaterales derivados de la construcción y defensa de las obras públicas realizadas sobre la margen izquierda del río Guayuriba,en defensa de la carretera Villavicencio - San Juan de Arama, kilómetro 19.

"2o.-CONDENAR a la Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para que reconozca y pague a favor de los propietarios del predio Sardinata, aquí, dermandantes, el valor de los perjuicios materiales sufridos con ocasión de los daños referidos, la suma de CATORCE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS ($14.784.000.oo) más los ajustes monetarios a que haya lugar apartir del 29 de julio de 1987, (fecha de presentación del dictamen del folio 704) conforme al artículo 178 del C.C.A.

"3o.- Negar las demás pretenciones de la demanda.

"4o.-Si esta providencia no fuere apelada, consúltese con el Superior."

En la demanda de 12 de diciembre de 1985 presentada por el Doctor Francisco A.Iregui y otros contra la nación- Ministerio de Obras - Fondo Vial Nacional - se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que la finca " Sardinata " de propiedad de los actores está situada en Acacías, kilómetro 22 de la carretera a Villavicencio, a orillas del río Guayuriba en una extensión de 1.540 metros.

2) Que la citada finca tiene un área de 102.6489 hts^2 área que se ha venido disminuyendo por causa de la erosión natural desde 1965, pero agravado el proceso

erosivo desde el primer semestre de 1981 cuando el Ministro de Obras construyó un muro de defensa en la margen izquierda.

3) Que el muro construído desvió el curso del río hacia la margen derecha, taponando uno de sus dos brazos naturales (el del río Negrito) y erosionando en menos de un año cerca de 10 hectáreas.

4) Que además de eso la situación se agravó por la antitécnica extracción de material de arrastre en la orilla derecha del río, aguas abajo del puente que lo cruza sobre el kilómetro 20 de la citada carretera, extracción cumplida por el Ministerio,el Fondo Nacional de Caminos, la Secretaría de Obras Públicas del Departamento y por particulares.

5) Que la desviación del cauce es imputable al Ministerio de Obras no sólo por la obra construída en la margen izquierda para proteger la banca de la carretera, sino por la omisión en que incurrió al desatender su obligación de ejecutar las obras de mantenimiento del lecho del río, de su canalización y drenaje,y en especial por no haber construído las obras de protección de la margen derecha.

6) Que los interesados han venido haciendo sus reclamos al distrito No. 13 de carreteras, al Ministerio de Obras, al Inderena y a la Procuraduría pero no han obtenido solución adecuada.

7) Que el 14 de octubre de 1982 el juzgado del circuito de Acacías practicó diligencia de inspección judicial anticipada, con intervención de peritos, los cuales dictaminarón que las obras ejecutadas en la margen izquierda del río fueron mal diseñadas y ejecutadas y la causa de los daños sufridos por la propiedad de los demandantes.

8) Que la mencionada prueba se practicó con audiencia y citación de la entidad demandada. Al exigírseles aclaración los espertos hicieron la siguiente precisión:

> "Estando protegida la orilla donde se emplaza el muro, es lógico esperar erosión en la orilla opuesta, con la consecuente tendencia del río a divagar sobre dicha márgen. Este en el efecto principal del muro durante las máximas avenidas; y el más perjudicial para el predio Sardinata y para otros predios aguas abajo de éste, que deben estar siendo similarmente atacados."

9) Que los peritos en su dictamen hicieron algunas recomendaciones, tales como la destrucción de parte de las obras de la margen izquierda, la elección de espolones en la derecha y el dragado de los depósitos formados en aquélla.

En el capítulo fundamentos de derecho y concepto de violación se lee:

"De conformidad con los Arts. 16 y 20 de la Constitución Nacional las autoridades de la República estan instituidas para proteger a las personas residentes en

Colombia, en su vida, honra y bienes para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. El hecho generador de la falla o falta de servicio lo hago consistir en la no prestación oportuna y eficaz, por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte,de los trabajos de mantenimiento del lecho del río Guayuriba y defensa de su margen derecha,aguas abajo del puente que lo cruza,a la altura del kilómetro 20 de la carretera Villavicencio-San Martín. Sí, en efecto, la construcción de un muro de defensa de la margen izquierda produjo como consecuencia la alteración del flujo natural de las aguas y el cambio del cauce del río Guayariba, el Ministerio ha debido prever dichas consecuencias y proceder a la ejecución de obras de defensa de la orilla derecha, cosa que no hizo, a pesar de los requerimientos que en tal sentido,le hicierón los propietarios de la finca Sardinata. Se presenta así la relación de causa a efecto necesario para predicar la responsabilidad estatal y entablar la acción indemnizatoria correspondiente a los daños causados por la omisión del servicio. Tratándose en este caso de aguas bajo el dominio del Estado colombiano, corresponde a la Nación reglamentar su uso y goce y disponer lo necesario para evitar que esas aguas causen perjuicio a los intereses de los particulares. Cuando el daño se produce por omisiones en las tareas a cargo de la administración, y no por fuerza mayor invencible o caso fortuito,ella debe responder civilmente, indemnizando el daño emergente y el lucro cesante, a quienes resultaron perjudicados por tal falla u omisión en el servicio. Si bien los propietarios de la finca Sardinata prefirieron, desde un principio, un entendimiento amigable con el Ministerio, en orden a la protección de sus bienes mediante la ejecución de obras de canalización del lecho del río Guayuriba y de defensa de la margen derecha, éstas no se cumplieron, o se cumplieron imperfectamente, conforme se demostrará oportunamente, viéndose forzados a utilizar el recurso jurisdiccional, ejercitando las acciones legales de reparación directa y cumplimiento a que tiene derecho luego de agotar la vía administrativa de la reclamación directa".

Cumplido el trámite de la primera instancia, el tribunal decidió en la forma indicada atrás. Conformes las partes con lo así resuelto se envió el proceso a esta Corporación en grado de consulta.

Durante la segunda instancia guardaron silencio las partes y el Ministerio Público.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

La parte demandada propuso al contestar la demanda la caducidad de la acción. Y tanto el fiscal del tribunal como este último insisten en la no operación del fenómeno. El primero sostuvo " que no se dio porque el perjuicio no se derivó de una ejecución instantánea, sino sucesiva y si se hubiera retirado del río el muro causante del desvío perjudicial, esa fecha sería la fundamental para contar el término de caducidad". El *a-quo* arguye para la denegatoria de la caducidad:

" De esta memoria y el debate probatorio, se conduce a precisar que el objeto material determinante en el litigio lo fue el muro de contención construído para la defensa de la vía Villavicencio San Juan de Arama kilómetro 19, obra terminada a mediados de 1981.

" La construcción, vista ideal y aisladamente no tiene relacción alguna con el predio de los demandantes, pues fue edificado en la vera opuesta del inmueble en el río Guayuriba, un poco aguas arriba de donde se encuentra la finca Sardinata. Pero no es el muro, de esa manera visto el que interesa la propiedad de los litigantes, es el efecto que él produce -según dicen -, en las avenidas del río, al dirigir el cual sobre los predios ribereños situados al lado contrario de la muralla y uno de ellos es el terreno ya mencionado.

" Siendo elementales en el análisis se puede decir,que si no hubiera riadas que se abalanzaran contra el inmueble, poca o ninguna importancia tendría para los IREGUI la obra construída, pues no sufrirían perjuicios por esa causa; pero según la demanda, el conflicto se crea y permanece durante el transcurso del tiempo que las caudalosas aguas afecten la heredad, así se concluye, no es la construcción del muro el hecho trascedente de que habla el art 86 del Código Contencioso Administrativo, son los sucesos que ocasionan periódicamente en los inviernos con las crecidas del río y el efecto que produce la estructura al verter las aguas sobre el predio, ocasionando el perjuicio que alegan y pretenden se les reconozca; los testimonios dicen que a mediados de 1986 esas avalanchas se llevaron parte del muro, asi lo asevera PEDRO CASTELLANOS (fol.359), OMAR ARMANDO BAQUERO (fol.365), FOCION MONTES (fol. 693). Como se evidencia, al momento de presentarse la demanda que lo fue el 12 de diciembre de 1985,el hecho causante del daño todavía periódicamente está ocurriendo y el término de caducidad no había empezado a correr".

Para la Sala, el enfoque dado por el *a-quo* no es aceptable, porque cuando se presentó la demanda ese 12 de diciembre de 1985 ya la acción indemnizatoria por trabajos públicos estaba caducada, tal como pasa a explicarse:

1. La acción indemnizatoria por trabajos públicos fue regulada como una acción especial de responsabilidad directa o extracontractual en los artículos 261 y siguientes de la Ley 167 de 1941. Acción que comprendía en ese entonces no sólo la indemnización derivada de la ocupación permanente o transitoria de un inmueble sino también los daños ocasionados por esos mismos trabajos. El artículo 263 señalaba como oportunidad para el ejercicio de la acción "a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación".

La acción así entendida sufrió un recorte considerable a causa de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 261 y siguientes de la aludida ley en cuanto se referían a la ocupación permanente. Ese efecto lo produjo la sentencia 20 de junio de 1955 de la Corte Suprema.

A partir de la declaración de inexequibilidad de los artículos 261 y s.s. de la Ley 167 de 1941 y hasta que empezó a regir el nuevo Código Administrativo, adoptado por el Decreto 01 de 1984, quedó al conocimiento de la jurisdicción administrativa lo relacionado con la ocupación transitoria y con los daños producidos a los inmubles por esos trabajos. Se entiende así que lo ateniente a la ocupación permanente quedó adscrito hasta ese año a la jurisdicción ordinaria. En este período, pese a lo que dispuso el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, que fijó el término de 3 años para la caducidad de las acciones de reparación directa, la caducidad de la acción indemnizatoria por tales trabajos siguió gobernada por la regla especial contemplada en el artículo 263 de la Ley 167, o sea por el término de dos años. La jurisprudencia de la corporación fue enfática en afirmar que ese artículo 28 del Decreto 528 se refería a las acciones de reparación directa distintas de las indemnizatorias por trabajos públicos que tenían en el artículo 263 de la Ley 167 de 1941 una norma especial y propia que no había sido derogada.

Vino luego el Decreto 01 de 1984, el cual unificó las acciones por trabajos públicos con las demás de reparación directa y les dio un término común de caducidad de dos años (artículos 86 y 136 inc. 4 del C.C.A.).

Hecho el recuento anterior se infiere, de acuerdo con la demanda (hecho tercero), que los trabajos públicos, **que según la misma fueron la causa de los daños sufridos por la propiedad de los actores,** se cumplieron en el primer semestre de 1981, más concretamente en los meses de marzo a mayo. Es decir, que la obra pública se construyó durante la vigencia del artículo 263 de la ley 167.

Cuando se construye una obra pública y se alega que la construcción de la misma (técnicamente el trabajo público) causó un daño a una propiedad inmueble, el término para formular la correspondiente acción indemnizatoria empezará a contar a partir de la terminación de la misma, máxime cuando, como en el caso *sub-júdice,* la demanda afirma que tan pronto se construyó el muro en la margen izquierda del río, paralelo a la carretera y para protección de su banca, ni siquiera empezaron los perjuicios sino que sólo se agravaron, y a que el proceso erosivo se había iniciado desde muchos años antes (unos 16). Se observa que los conceptos técnicos y los estudios geomorfológicos del río Guayuriba que obran dentro del expediente hablan de la evolución del río desde 1937 y concretan que en el año de 1965 su corriente seguía recargada hacia la citada margen derecha; vale decir recostada hacia el predio de los actores.

Es claro que una obra pública puede producir perjuicios instantáneos, por ejemplo, el derrumbamiento de un edificio aledaño, como también lo es que puede ser la causa de una cadena de perjuicios prolongada en el tiempo. Vgr. la obra impide el flujo normal de las aguas que pasan por un inmueble o es la causa de las inundaciones periódicas del mismo. En el primer evento (perjuicio instantáneo) el término de caducidad es fácil de detectar: tan pronto se ejecute la obra

empezará a correr el término para accionar. Para una mayor certeza la jurisprudencia de la Sala ha señalado como fecha inicial, aquella en la que la obra quedó concluída. En los eventos de perjuicios prolongados en el tiempo, aunque en la práctica es más difícil detectar la fecha inicial porque puede confundirse el nacimiento del perjuicio con su agravación posterior, no por eso puede aceptarse que mientras se estén produciendo o agravando los daños seguirá viva la acción, porque esta solución sería la aceptación de la no caducidad de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, y contrariaría el mandato expreso de la ley que es enfática en hablar de dos años "contados a partir de la producción del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos".

Como regla general entonces, podrá sostenerse que en las acciones indemnizatorias por daños de ocurrencia prolongada en el tiempo (periódicos o sucesivos) originados en trabajos públicos en los que la ejecución de la obra pública es la causa eficiente de los mismos, no podrá hacerse caso omiso de la época de ejecución de ésta para hablar sólo de la acción a medida que los daños vayan apareciendo, así su ocurrencia sea posterior a los daños de construída la obra. En otros términos, el legislador al establecer la caducidad en la forma explicada partió de un supuesto que le da certeza y estabilidad a la institución: que en este campo el perjuicio debe concretarse, nacer, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ejecución de los trabajos, así puedan agravarse o continuar su ocurrencia con posterioridad a dicho bienio.

En el caso *sub-júdice* muestra el expediente que los trabajos de protección de la margen izquierda del río se ejecutaron entre marzo y mayo de 1981 y los mismos demandantes así lo dan a entender.

Pues bien, a fines de mayo empezó a correr el término de caducidad de la acción máxime cuando según la misma demanda tan pronto se ejecutaron los trabajos se agravó el proceso erosivo. Es decir, cuando el perjuicio surgió en dicha oportunidad.

En tales condiciones, el término de caducidad de los dos años, según lo explicado atrás, empezó a correr a fines de mayo, más precisamente el 1o. de junio de dicho año, y feneció ese mismo día del año 83 cuando todavía no se había presentado la demanda, evento que sólo tuvo ocurrencia el 12 de diciembre de 1985.

Pero aún aceptado que el Decreto 528 de 1964 en su artículo 28 hubiera unificado los términos de caducidad para las acciones de reparación directa, incluidas las de trabajos públicos, en "tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente", también estaría caducada la acción porque la oportunidad para accionar habría culminado el 1o. de junio de 1984, casi año y medio antes de la formulación de la demanda.

Fuera de lo dicho y con apoyo en el hecho tercero de la demanda, la misma parte actora acepta que el año siguiente al de la construcción (primer semestre de 1981) ya la erosión había afectado más de 10 hts., lo que da a entender que aún contando el plazo de caducidad a partir de mediados de 1982 (dos o tres años, según las tesis expuestas) cuando se presentó la demanda ya había fenecido el plazo para la presentación de la misma.

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 20 de mayo de 1993 dictada por el Tribunal Administrativo del Meta. En su lugar, declárase probada la caducidad de la acción propuesta.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 27 de enero de 1994.

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 POR ACTIVA- Inexistencia/**SENTENCIA DENEGATORIA/LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**

En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, depejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandado, conforme a la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva. Al faltar la legitimación en la causa, por activa, se impone una decisión absolutoria.

SOCIEDAD EXTRANJERA-Existencia y Representación/**LEY EXTRANJERA-**Demostración/**PODER/DOCUMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO**

Se afirma que la Sociedad Mayaca Express S. de R. L. es una sociedad Hondureña y, en tal virtud, la actora tenía la carga de haber acreditado la existencia de las normas jurídicas Hondureñas y las certificaciones de rigor que dieran cuenta de la existencia y representación estatutaria de tal persona colectiva (artículo 188 del C. de P.C., modificado por la reforma 92 del Decreto 2282 de 1989). Como el poder para formular la demanda se otorgó ante el Cónsul de Colombia de la ciudad de Miami de los Estados Unidos de Norteamérica, se debió tener especial cuidado en la aplicación de la parte final del artículo 65 del Código de Procesal

Civil, modificado por la Reforma 23 del Decreto 2282 de 1989.

DERECHO REAL/DERECHO DE PROPIEDAD-Título/**OBLIGACION**-Fuente/**DERECHO DE PROPIEDAD**-Modo

En punto tocante con los derechos reales, y, el dominio o propiedad constituye el más vigoroso de tales derechos, para su acreditamiento resulta indispensable demostrar el título y el modo. Esta dualidad, inescindible, debe concurrir como un sólo elemento: el primero lo constituye una cualquiera de las fuentes de las obligaciones (artículo 1494 del C.C.), en tanto que el segundo lo será cualquiera de las formas que taxativamente ha precisado el legislador en el artículo 673 del Código Civil. En otros términos, el título crea y el modo desplaza o ejecuta el título.

DERECHO REAL- Constitución/**DERECHO DE PROPIEDAD/NAVE MAYOR**-Inscripción/**ESCRITURA PUBLICA**-Requisito/**CAPITANIA DE PUERTO**-Matrícula/**TRADICION/BIEN MUEBLE**

Conforme con el artículo 1427 del C. de Co., queda claro que la escritura pública allí exigida, contentiva del negocio jurídico correspondiente (compraventa, permuta, donación, aporte, etc.) constituye el título, en tanto que el modo debe estar reflejado por la inscripción de dicha escritura pública en la capitanía del puerto en donde se haga la matrícula, adicionada de la entrega material.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7091. Actor: Compañía Mayaca Express S. de R.L. Demandada: La Nación - Mindefensa Nacional.

El Despacho que proyecta este trabajo lo hace en virtud de que la ponencia inicial no fue acogida, por lo que procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y uno, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante el cual se dispuso:

"*Primero.*- Se declara no probada la excepción de caducidad propuesta.

"*Segundo.*- Se declara administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, de los perjuicios causados a la sociedad Hondureña "Compañía Mayaca Express S. de R.L., por la pérdida de la motonave Mayaca Express, de propiedad de dicha sociedad.

"*Tercero.*- Como consecuencia de la anterior declaración, la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, pagará a la sociedad "Compañía Mayaca Express S. de R.L., el valor que se determine posteriormente mediante el trámite incidental previsto en los artículos 135, 136 y 137 del C. de P.C., teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte considerativa de esta sentencia.

"*Cuarto.*- Esta sentencia se cumplirá dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A., y el monto de la condena devengará intereses conforme lo previsto en el artículo 177 del citado Código.

"*Quinto.*- Se deniegan las demás peticiones de la demanda". (Folio 255).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o.- La demanda.

Mediante escrito presentado el día 8 de agosto de 1989, ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el señor WILLIAM E. TEETERS, en su condición de representante legal de la sociedad hondureña, "COMPAÑIA MAYACA EXPRESS S. DE R.L." propietaria de la motonave "MAYACA EXPRESS", por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento de la sociedad "COMPAÑIA MAYACA EXPRESS S. DE R.L." propietaria de la motonave "MAYACA EXPRESS" demandó a la NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1a.- Se declare responsable a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional de la pérdida de la motonave "MAYACA EXPRESS" de propiedad de la sociedad Hondureña "COMPAÑIA MAYACA EXPRESS S. DE R.L.".

2a.- Se condene a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional, por concepto de daño emergente y lucro cesante, al pago de OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS ($890.000.000.oo), según dictamen pericial efectuado el 18 de mayo de 1989 en el Juzgado Penal del Circuito de San Andrés Isla.

3a.- Se condene a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional, por perjuicios morales a la sociedad "Compañía Mayaca Express S. de R.L." por el decomiso y pérdida de la motonave "MAYACA EXPRESS", en equivalente de un mil gramos oro.

4a.- Se condene a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional al pago de la actualización de la suma del daño emergente y lucro cesante ($890.000.000.oo) desde la fecha del dictamen pericial hasta la fecha en que se efectúe su pago, aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.

2o.- Los hechos.

Aparecen ampliamente relacionados en la demanda. (folios 2 a 6 del expediente), así:

"1.- En mayo de 1985, al tiempo del DECOMISO y ASIGNACION PROVISIONAL BAJO CUSTODIA a la ARMADA NACIONAL, la motonave

"MAYACA EXPRESS" tenía Patente definitiva de Navegación No. RHL-82623 de la República de Honduras, embarcación mercantil con "TIME CHARTER" de los Estados Unidos para prestar servicios de transporte de carga entre los puertos del Este de los Estados Unidos, El Caribe y Suramérica, con el lleno de todos los requisitos legales exigidos por el gobierno de los Estados Unidos.

"2.- En su último viaje a la Isla de San Andrés, lista para su regreso a los Estados Unidos, en mayo 17 de 1985, luego de haber cumplido con todos los requisitos legales y reglamentarios, le fue otorgado por la Capitanía Portuaria de San Andrés, Isla, el ZARPE.

"3.- A pesar de tener la orden de salida del puerto de San Andrés Isla, el agente marítimo del "MAYACA EXPRESS" solicitó a la dirección del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", la revisión de la motonave antes de zarpar. Fue entonces en cumplimiento de la revisión solicitada cuando fue hallada en un camarote de fácil acceso, la cantidad de aproximadamente cuatro kilogramos (4 kgs) de cocaína.

"4.- A consecuencia del anterior hecho, el "DAS" le informa y le pone a su disposición la motonave "MAYACA EXPRESS", al juez de Instrucción Penal Militar 104, del día 21 de mayo de 1985, quien a su vez, le solicita al capitán del puerto de San Andrés Isla, abstenerse de expedir en lo sucesivo su zarpe o salida del mismo puerto.

"5.- El Juez 104 de Instrucción Penal Militar, dicta AUTO CABEZA DE PROCESO el día 21 de mayo de 1985, abriendo la investigación por medio de indagatorias, inspección judicial de la motonave y careos de todos los tripulantes y sospechosos del ilícito. Encontrándose primero un sospechoso en la tripulación por medio de fuertes indicios e imputaciones de sus compañeros, luego fueron vinculadas otras cuatro personas (otros 3 tripulantes y un chofer de taxi de la isla), nunca fueron vinculados en forma sospechosa siquiera los otros 6 tripulantes y mucho menos los propietarios de la motonave "MAYACA EXPRESS", al hecho ilícito violatorio del Decreto 1188/74. Estas investigaciones se suceden entre mayo 21/85 y junio 26/85 y, en esta última fecha, niega por primera vez el Juez del conocimiento la solicitud de devolución a sus propietarios de la motonave "MAYACA EXPRESS".

"6.- Habiéndose presentado oportunamente los recursos de Reposición y en subsidio apelación al auto en que el Juez 104 de Instrucción Militar negaba la orden de entrega a sus propietarios de la motonave "MAYACA EXPRESS", fue en agosto 9 de 1985, cuando se presentó la sustentación de la Apelación ante el H. Tribunal Superior Militar. En esta fecha se reunió el suscrito con los altos mandos militares y sus asesores jurídicos en la oficina del entonces Jefe de las Fuerzas Militares, General Augusto Guerrero Moreno.

"7.- En octubre 8 de 1985, el Fiscal Quinto del H. Tribunal Superior Militar, en su concepto sobre la sustentación que hizo el suscrito del recurso de apelación mencionado, dice al H. Tribunal Superior Militar, lo siguiente: "POR MANERA QUE RESPETUOSAMENTE ME PERMITO SOLICITAR AL SEÑOR MAGISTRADO PONENTE ORDENE LA DEVOLUCION DEL NAVIO EN REFERENCIA A QUIENES SE HAN ACREDITADO COMO LEGITIMOS PROPIETARIOS O QUIEN HAYA RECIBIDO PODER AL EFECTO".

"8.- Hasta el día 30 de octubre de 1985, el H. Tribunal Superior Militar, restándole importancia al valor probatorio de plenas pruebas aportadas en la sustentación de la apelación, las discusiones de fondo sostenidas entre el suscrito y los altos mandos militares y sus asesores jurídicos y, peor aún, menospreciando el valioso concepto del Fiscal Quinto, digno representante del Ministerio Público, confirma el auto fechado en junio 26 de 1985 del *a-quo* que negó la devolución al tercero incidental inocente, propietario de la motonave "MAYACA EXPRESS".

"9.- Mediante resolución No. 1498 del 5 de julio de 1985, emanada del Ministerio de Justicia, se asigna en forma PROVISIONAL y bajo custodia la motonave "MAYACA EXPRESS" a la Armada Nacional a quien hace responsable de la misma mediante acta No. 02-J104IPM-85 de fecha 19 de julio de 1985. La responsabilidad de la Armada Nacional se extendía hasta la culminación del pleito pendiente, de acuerdo con la diligencia de Decomiso e Inventario realizada los días 29 y 30 del mes de mayo de 1985 por el Juzgado 104 de Instrucción Penal Militar de San Andrés Isla.

"10.- En septiembre 19 de 1985, el Presidente de la República, mediante Decreto 2689, dispone: "A partir de la fecha de vigencia de este decreto, el conocimiento de los delitos a que se refiere el Estatuto Nacional de Estupefacientes (decreto 1188/74), corresponde en forma exclusiva, a los Jueces Penales y Promiscuos del Circuito".

"11.- En enero 31 de 1986, empieza a regir la Ley 30 que dejó sin competencia a la Justicia Penal Militar para conocer de los delitos de tráfico de estupefacientes, según lo ordena en sus artículos 46 y 101 de esta Ley 30/86.

"12.- A pesar de varias solicitudes del suscrito, las intervenciones de la Procuraduría General de la República y el Fiscal Quinto del H. Tribunal Superior Militar, **solamente hasta el 24 de septiembre de 1986 (casi nueve meses después de la vigencia de la Ley 30 del 31 de enero de 1986),** el Vicealmirante Edgar Garay Rubio, comandante de la Fuerza Naval del Atlántico, Juez de Primera instancia en el caso que nos ocupa, ordena se remita el proceso al Juez Penal del Circuito de San Andrés Isla, para los fines legales.

"13.- Finalmente, después de que en reiteradas ocasiones el suscrito ha reclamado en forma insistente y mediante pruebas evidentes de la inocencia de

los propietarios de la motonave "MAYACA EXPRESS" en el ilícito cometido, el Juzgado Penal del Circuito de San Andrés Isla mediante providencia del dos (2) de marzo de 1988, resuelve ORDENAR la entrega de la Motonave "MAYACA EXPRESS" acorde con lo solicitado por el suscrito y, al mismo tiempo ordena que se evalúe, para lo cual nombra un par de peritos.

"14.- En septiembre 21 de 1988, la SALA PENAL DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, CONFIRMA las decisiones del Juzgado Penal del Circuito de San Andrés Isla, contenidas en su providencia del 2 de marzo de 1988 del hecho anterior. Ambas providencias, las contenidas en el hecho anterior y éste, se encuentran debidamente ejecutoriadas.

"15.- En octubre 27 de 1988, el Juez Penal del Circuito de San Andrés Isla mediante oficio No. 411, le solicita al comandante del Comando Específico de San Andrés y Providencia "CESYP", refiriéndose a la motonave "MAYACA EXPRESS", lo siguiente: "Como quiera que se requiere saber el sitio y lugar preciso donde se encuentra la Nave para llevar a cabo la diligencia de evalúo en concreto, solicito a Ud., se sirva informar a la mayor brevedad posible, y por duplicado, dónde se encuentra dicha embarcación, para evacuar la necesaria gestión".

"16.- En respuesta al Oficio No. 411 mencionado en el hecho anterior, el Capitán de Navío Roberto Serrano Avila, comandante del Comando Específico de San Andrés y Providencia mediante oficio No. 381 del 8 de noviembre de 1988 dirigido al Juez Penal del Circuito que se lo solicitó, le manifiesta que la motonave "MAYACA EXPRESS" no se encuentra en poder de la Armada Nacional y sugirió se dirigiera al Señor Ministro de Defensa.

"17.- En noviembre 21 de 1988, fue presentado ante el Señor General Manuel Jaime Guerrero Paz (Ministro de Defensa) y ante el Procurador para las Fuerzas Militares escrito quejoso por la vaga respuesta dada por el comandante del Comando Específico de San Andrés y Providencia a los requerimientos que sobre la localización del "MAYACA EXPRESS" le hizo el Juez Penal del Circuito de San Andrés Isla.

"18.- En febrero 2 de 1989, el Ministerio de Defensa Nacional mediante su Secretario General, General Manuel A. Murillo González, a través de su oficio No. 939 MDJNG-723, acepta la responsabilidad de la Armada Nacional e informa en forma oficial por primera vez que, precisamente estando bajo la asignación provisional a la Armada Nacional y en cumplimiento de una orden de transporte, la motonave "MAYACA EXPRESS" se incendió, habiéndose hundido en altamar el día 9 de noviembre de 1985, y hasta febrero 2 de 1989 lo informaron y aceptan oficialmente!!!

"19.- Como quiera que la diligencia de AVALUO fijada el 28 de octubre de 1988 a las 10:00 A M, no se pudo llevar a cabo por desconocimiento del sitio y lugar preciso donde se encontraba la motonave "MAYACA EXPRESS", el juzgado decide la petición de los peritos, ampliar el término para rendir el correspondiente dictamen pericial.

"20.- Como no fue posible hacer el avalúo en concreto por el hundimiento del "MAYACA EXPRESS", el Señor Juez Penal del Circuito de San Andrés Isla fijó para el día 16 de mayo de 1989 la continuación de la diligencia de Avalúo de la mencionada nave. En esta diligencia y con el fin de colaborar en la evaluación en abstracto de los daños emergente y lucro cesante ocasionados por el hundimiento del "MAYACA EXPRESS", se aportaron por el suscrito pruebas plenas autenticadas ante el Consulado Colombiano en Miami y luego ello confirmado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, del avalúo del "MAYACA EXPRESS", fechado en enero 15 de 1985, por una compañía norteamericana especializada en ello y que no incluía equipo adicional posteriormente introducido a la motonave, que se estaría incluido en el inventario realizado en la presencia del Juez 104 de Instrucción Penal Militar y recibido por la Armada Nacional. Estos costos cubiertos por los propietarios del "MAYACA EXPRESS" también fueron aportados mediante declaraciones juramentadas y facturas debidamente autenticadas por el respectivo funcionario consular colombiano y ello certificado por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Con el anterior aporte, los señores peritos solicitaron al Juez Penal del Circuito de San Andrés Isla, un plazo de cinco (5) días para presentar el correspondiente avalúo en abstracto del "MAYACA EXPRESS" por razón de su hundimiento.

"21.- En mayo 18 de 1989, presentan los señores peritos ALBERTO FRANCIS WALTERS y JOSE RAMIREZ RACEDO, el dictamen de AVALUO del inventario y perjuicios por lucro cesante ocasionados a los propietarios del "MAYACA EXPRESS", por la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS ($890.000.000.oo). Este peritaje se puso en conocimiento de las partes mediante estado por el término de tres (3) días, según lo ordenado por el artículo 276 del C. de P.P., habiéndose notificado personalmente al representante del Ministerio Público en San Andrés Isla del mismo" (folios 224 a 228).

Señala como fundamentos de derecho los artículos 2341, siguientes y concordante del C.C.: artículos 86, 132, 137, 217 y 218 del C.C.A.: artículos 106 y concordantes del C.P.: artículos 276 y concordantes del C.P.P. (decreto 50/78) y artículos 822, siguientes y concordantes del C. de Co., (folio 229).

3o.- Actuación procesal.

La demanda fue admitida el 8 de septiembre de 1989: se reconoció personería al apoderado de la parte demandante y se notificó por intermedio del Tribunal Adminis-

trativo de Cundinamarca, al Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional: al agente del Ministerio Público y se fijó en lista (folio 61). Por auto de 1o. de noviembre de 1989 se le reconoció personería al apoderado de la parte demandada (folio 75); cumplida la fijación en lista (folio 75)se abrió a pruebas por auto de 16 de enero de 1990 (folio 77); por auto de 1o. de marzo de 1990 se ordenó correr traslado a las partes por el término de 10 días para que emitieran concepto de fondo (folio 86). A folio 230 del expediente, el Tribunal sintetizó lo manifestado por el apoderado de la parte demandada quien presentó escrito, en el cual consigna "que la Armada Nacional, para el cumplimiento del cuidado de la nave "Mayaca Express S. de R.L.", que le había sido asignada provisionalmente por el Ministerio de Justicia, la matriculó en el Puerto de Cartagena bajo el nombre de "A.R.C. San Andrés" el día 23 de agosto de 1985; que en la investigación de carácter administrativo que se adelanta por parte de la Fuerza Naval del Atlántico, reposan los certificados de inspección de equipos contra incendio e inspección anual que se le hicieron al buque el 16 de agosto de 1985; que en octubre de 1986 se le practicó una inspección anual y que las sugerencias hechas en dicha inspección fueron satisfechas; que el incendio y hundimiento de la nave no se debió a falta de cuidado, que no hubo falla del servicio sino que se debió a fuerza mayor, y que considera que se requiere para fallar y demostrar que no hubo falla de la administración de dicha investigación administrativa, la cual sería aportada (folios 87 a 91), anunció que no fue cumplido por la parte demandada, por otra parte en un momento procesal en que el aporte de pruebas era ya extemporáneo, pero en todo caso no presentó las piezas referentes a esa investigación" (folios 87 a 1991).

"El señor apoderado de la parte demandante, en su alegato de conclusión, critíca los planteamientos del señor apoderado de la parte demandada, sostiene que aquel le da un alcance diferente a la denominada falla del servicio al afirmar que no la hubo en razón de que los equipos de salvamento de la nave estaban completos, en perfecto funcionamiento, y en razón de la diligencia de la tripulación al pretender salvarla, pues por el contratio el incendio y hundimiento no habría ocurrido si la Armada Nacional hubiera cumplido con su deber de mantener en custodia la motonave ajena que se le encomendó a su guarda en vez de cambiarle el nombre, matriculándola como si fuera propiedad suya y llevándola a altamar, encontrando allí su destrucción. Y reitera las peticiones de la demanda (folios 92 a 94).

5o.- La sentencia apelada.

El Tribunal advierte que como el proceso se ha tramitado con el lleno de las formalidades legales y no se observa causal de nulidad que obligue a invalidar lo actuado, por cuanto el término de dos años para poder ejercitar la acción de reparación directa no puede contarse a partir del 9 de noviembre de 1985, cuando según el referido oficio del Ministerio de Defensa se incendió y hundió la motonave en altamar, sino desde cuando en virtud de la orden de entrega contenida en la providencia de fecha 21 de septiembre de 1988 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y el consiguiente oficio No. 411 de 27 de octubre de 1988 del Juzgado Penal del Circuito

de San Andrés Isla, y como la demanda, según la constancia secretarial correspondiente, fue presentada ante este Tribunal el día 8 de agosto de 1989 (folio 60), no había vencido el término de caducidad y por tanto la acción no estaba caducada.

Considera el *a-quo* que no podrá declararse probada la excepción de caducidad, y se procederá a decidir en el fondo sobre las pretensiones de la demanda, declarando la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional por la pérdida de la mencionada motonave y condenarla al pago de perjuicios causados por tal motivo a la sociedad propietaria, puesto que la motonave se entregó en custodia al comandante del Comando Específico de San Andrés y Providencia entregada igualmente a la Armada Nacional mientras se adelantaba la investigación penal por presunto tráfico de estupefacientes y no para que hicieran uso de ella como efectivamente sucedió al ponerla a realizar viajes, ocasionando el desgaste y posterior incendio y hundimiento en altamar.

La Fiscalía deduce la guarda o custodia y basa su observación de depósito conforme al artículo 2236 del Código Civil, en donde dice que **es el contrato en que se confía una cosa corporal mueble a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. Tiene el depositario dos obligaciones principales, que son las de guardar la cosa fielmente y la de restituirla a voluntad del depositante.** El artículo 2263 del Código Civil dice que la responsabilidad del depositario se extiende hasta la culpa leve, por lo tanto no puede exonerarse de responsabilidad ni el hecho de un tercero, ni el caso fortuito, por que los organismos oficiales deben comportarse "como un buen padre de familia" en el cuidado y conservación de las cosas entregadas en custodia.

Considera el Tribunal "que la condena de los perjuicios materiales causados será en abstracto y la liquidación tendrá lugar conforme con el trámite incidental autorizado en los artículos 135, 136 y 137 del C. de P.C.

Que al valor de la motonave, acreditado por peritos, se le reconocerán intereses legales del 6% anual y se ajustará en su valor, tomando como base el índice de precisos al consumidor, o al por mayor, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 178 del C.C.A., el cual se reconocerá por daño emergente y lucro cesante.

5o.- Razones de la apelación.

En el término de los alegatos de conclusión, las partes allegaron sus escritos como aparecen a folios 309 a 321 y 322 a 335 del expediente, en los que reafirman sus alegatos que han sostenido durante todo el proceso.

Por su parte el Delegado del Ministerio Público considera que la sentencia debe revocarse y denegar las súplicas del *libelo* inicial, basándose en lo evaluado por el abogado visitador adscrito a la Procuraduría Delegada en lo Civil, que, afirma, fue acogida en su totalidad por el titular de ese Despacho, mediante concepto de 4 de diciembre de 1990 (folios 341 a 353).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fallo materia de apelación, será revocado, para en su lugar sustituirlo por decisión absolutoria, por las siguientes razones:

1.- En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva. Al faltar la legitimación en la causa, por activa, se impone una decisión absolutoria.

2. En el *sub-júdice*, la Sociedad Compañía Mayaca Express S. de R.L., afirmó ser la propietaria de la embarcación o motonave Mayaca Express y en tal calidad dijo obrar para pretender la declaratoria de responsabilidad de la Nación y las consecuenciales condenas indemnizatorias por eventuales daños de todo género. De igual manera en el capítulo destinado a "HECHOS Y OMISONES", se sostiene que la demandante es la propietaria de la motonave "Mayaca Express" y que en tal virtud solicitó ante la autoridad penal militar que adelantaba la investigación, la restitución o entrega del referido bien.

3.- Procesalmente no se encuentra acreditada en legal forma la existencia de la Sociedad Mayaca Express S. de R.L., como tampoco la calidad de propietaria de dicha sociedad con relación a la motonave por la que se pretende la indemnización a expensas de la Nación Colombiana. En efecto:

a) se afirma que la Sociedad Mayaca Express S. de R.L., es una sociedad Hondureña y, en tal virtud, la actora tenía la carga de haber acreditado la existencia de las normas jurídicas Hondureñas y las certificaciones de rigor que dieran cuenta de la existencia y representación estatutaria de tal persona colectiva (artículo 188 del C. de P.C., modificado por la Reforma 92 del Decreto 2282 de 1989). Como el poder para formular la demanda se otorgó ante el Cónsul de Colombia de la ciudad de Miami de los Estados Unidos de Norteamérica, se debió tener especial cuidado en tal aplicación de la parte final del artículo 65 del Código Procesal Civil, modificado por la Reforma 23 del Decreto 2282 de 1989, que prescribe:

> "Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorgue hace constar que tuvo a la vista la prueba de la existencia de aquélla y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias".

Nada de esto se cumplió y, por consiguiente, en autos no aparece satisfecho el requisito de demostrar la existencia y la representación de la demandante, pues el documento que obra a folios 12 a 18 del cuaderno principal, esto es, el TESTIMONIO

DE LA ESCRITURA PUBLICA No. 10 del 9 de febrero de 1984 corrido ante el abogado y notario de Tegucigalpa, no alcanza, por sí sólo a suplir la deficiencia anotada, puesto que era indispensable haber llegado la prueba del derecho hondureño que regula la materia societaria, como lo impone el artículo 188 precitado. Adicionalmente este documento, lo más que podría evidenciar es la circunstancia de que para entonces (el 9 de febrero de 1984), se constituyó una persona jurídica, pero por parte alguna podrá reflejar que para la época del otorgamiento del poder para accionar y para el momento de la presentación de la demanda, existía legalmente y quién ejercía su representación estatutaria.

b) El artículo 44 del C. de P.C., modificado por la Reforma 16 del Decreto 2282 de 1989, regula lo atinente a la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, en los siguientes términos:

> "Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.
>
> "Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales.
>
> "Las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos".

Tampoco, pues, se tiene certeza, si quien dice ser la demandante, conforme a derecho colombiano, tiene la capacidad para ser parte y mucho menos para comparecer al proceso.

c) En punto tocante con los derechos reales, y, el dominio o propiedad constituye el más vigoroso de tales derechos, para su acreditamiento resulta indispensable demostrar el título y el modo. Esta dualidad, innescindible, debe concurrir como un solo elemento; el primero lo constituye una cualquiera de las fuentes de las obligaciones (artículo 1494 del Código Civil) en tanto que el segundo lo será cualquiera de las formas que taxativamente ha precisado el legislador en el artículo 673 del Código Civil. En otros términos, el título crea y el modo desplaza o ejecuta el título.

Conviene ahora cuestionarse si la actora al menos intentó acreditar el dominio que afirma tener sobre la motonave Mayaca Express. Para obtener respuesta a tal interrogante es de observar el contenido del artículo 1427 del Código de Comercio, a saber:

> "Los actos o contratos que afecten el dominio o que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre naves mayores o sobre aeronaves se perfeccionan por escritura pública. La respectiva escritura sólo se inscribirá en la capitanía del puerto de matrícula o en el Registro Aeronáutico Nacional, según el caso.

"La tradición se efectuará mediante dicha inscripción acompañada de la entrega material.

"Las embarcaciones menores se sujetarán con lo dispuesto en el reglamento".

Conforme a la anterior preceptiva queda claro que la escritura pública allí exigida, contentiva del negocio jurídico correspondiente (compraventa, permuta, donación, aporte, etc.) constituye el título, en tanto que el modo debe estar reflejado por la inscripción de dicha escritura pública en la capitanía del puerto en donde se haga la matrícula, adicionada de la entrega material. Nada de esto aparece siquiera intentado probar por la parte actora, para respaldar su afirmación de ser propietaria de las varias veces mencionada motonave MAYACA EXPRESS. Por el contrario, los documentos públicos que en fotocopia auténtica obran a folios 107 y 108 del cuaderno de pruebas, están demostrando que la propietaria de la embarcación litigada es la Armada Nacional - República de Colombia, quien la denominó ARC "SAN ANDRES".

4.- En síntesis, cabe afirmar, que no se demostró legal y oportunamente la existencia y representación estatutaria de la demandante; y, que tampoco se probó la propiedad o dominio que reiterativamente insistió tener la demandante sobre la motonave MAYACA EXPRESS. Estas omisiones probatorias, hacen imposible que el juzgador se adentre en el estudio de los elementos estructurales de la responsabilidad deprecada. En otros términos, al faltar la legitimación en la causa, por activa, se impone una decisión absolutoria.

Por lo precedentemente expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, obrando en nombre y representación de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 24 de septiembre de 1991.

Segundo.- Niéganse las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NAVE/DECOMISO/PROCESO PENAL/ARMADA NACIONAL-Depósito/ **DAÑO ANTIJURIDICO/INCENDIO/NAUFRAGIO VOLUNTARIO/RESPONSABILIDAD ESTATAL**- Autoridad Naval/**FUERZA MAYOR**- Inexistencia/ (Salvamento de Voto)

Es prudente señalar que el acto administrativo al asignar la nave a la Armada Nacional no lo hizo para que se empleara en el "SERVICIO O ACTIVIDADES OFICIALES" previsión que resulta lógica, pues en lo concerniente a la investigación penal apenas se adelantaban las diligencias sumarias es necesario resaltar estos antecedentes, para efectos de comprender el uso que se le dio a la nave. La Armada Nacional trasladó la embarcación al Puerto de Cartagena y estando surta en la bahía procedió a cambiarle el color, su bandera original por la de Colombia, su identificación por la T.M.-60 (Transporte Militar) ARC "SAN ANDRES" e incluso se le matriculó como de propiedad de la Armada Nacional. Pese a los cambios introducidos, la nave continuó con los limitados equipos que ya tenía para combatir incendios. La nave zarpó sin cumplir con las previsiones y recomendaciones que impartió el Departamento Técnico de la Armada Nacional, en razón a que presentaba averías y carecía de equipos adecuados y suficientes para solucionar emergencias como el caso de incendio. Además, pese a su dedicación a labores de comercio, emprendió viaje sin contar siquiera con un seguro marítimo que cubriera los siniestros de incendio y naufragio. La tripulación detectó un incendio que debido a la carencia de equipos suficientes y adecuados, no pudo ser oportunamente controlado ocasionando parte del daño. La Sala deduce con ostensible claridad que

se carecía de adecuados y suficientes equipos contra incendio y que la conflagración no pudo ser controlada debido a ese hecho; igualmente, de las pruebas analizadas se desprende que el hundimiento de la nave fue un hecho provocado o deliberado, al estimar las autoridades navales que no era posible su remolque hasta el puerto más cercano para salvar la nave. Esta suma de imprevisiones y fallas descartan cualquier causal que permita configurar una fuerza mayor eximente de la responsabilidad estatal. Las autoridades militares los mantuvieron en reserva, los hechos anteriores, pues ni siquiera se informó del siniestro al Ministerio de Justicia, el Juez de Instrucción ni a los dueños de la nave.

Salvamento de Voto del *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7091. Actor: Compañía Mayaca Express S. de R.L. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa.

Habiendo sido negado el proyecto presentado por el suscrito, respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de mis ilustres colegas.

A continuación me permito transcribir las consideraciones expuestas en el proyecto inicial y con las cuales fundamento mi salvamento de voto.

"Para la Sala el fallo materia del recurso de apelación será confirmado, con las precisiones que se haran sobre las bases para determinar los perjuicios, pues el análisis del plenario permite concluir que el Tribunal valoró correctamente los medios de prueba con los cuales resultan debidamente démostrados los elementos integradores de la responsabilidad de la administración; de la misma manera, puede deducirse que acertó al evaluar el material probatorio que da derecho a la sociedad comercial demandante a ser indemnizada por los perjuicios que se le ocasionaron por la pérdida de la Motonave Mayaca Express, con patente de Navegación RHL. 82623 y Matrícula Hondureña.

Los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, acreditan debidamente los hechos que se compendían en los siguientes ordinales:

1.- La legitimación en la causa por activa, con los siguientes documentos:

- Con copia autenticada de la Patente Definitiva de Navegación otorgada por el señor Comandante de la Fuerza Naval de la República de Honduras, cuyo texto bilingüe y en lo que respecta al idioma español dice:

"REPUBLICA DE HONDURAS
"PATENTE DEFINITIVA DE NAVEGACION
No. RHL-82623

"El suscrito Comandante General de la Fuerza Naval de Honduras en atención al acuerdo No. MD-125 de fecha 28 de mayo de 1984, emitido por el Poder Ejecutivo y mediante él se nacionalizó la nave "BUSSARD", llamada ahora "MAYACA EXPRESS" de la COMPAÑIA MAYACA EXPRESS S. de R.L., extiende la presente Patente Definitiva de Navegación.

"Nombre del propietario de la nave COMPAÑIA MAYACA EXPRESS S. DE R.L., dirección del dueño Edificio Anita 2o. piso, 3a. avenida, barrio abajo ... Puerto Hondureño de matrícula SAN LORENZO.

"Material del casco	ACERO	Número de mástiles	UNO
Número de puentes		Número de cubiertas	UNA
Número de chimeneas	UNA	Servicio a que se dedica mercante internacional	
Tonelaje bruto	499.00	Tonelaje neto	253.00
Señal distintiva de llamada		Número de Registro	RHL-82623
Eslora o longitud	230 PIES	Manga o anchura	35.2 PIES
Puntal o altura	19.1 PIES	Tipo de máquina o motor un MOTOD DIESEL	
Número de cilindros		Número de caballos de fuerza 1500 H.P.	
Nudos	13	Lugar de construcción Alemania Federal	
Fecha de construcción	1961	Nombre del Constructor ADLER WGRFT GMBH	

Dirección del Constructor Alemania Federal

Registro bajo número	RHL - 82623	Folio 493, Tomo II
Sección de naves	MAYORES	Del registro de matrícula de Honduras

"Extendida en Tejucigalpa, República de Honduras C.A., este día 14 de enero de 1985".

(Fl. 11 C.1). "COMANDANTE GENERAL FUERZA NAVAL"

Con la copia autenticada de la escritura Pública No. 10 de 9 de febrero de 1984, otorgada ante abogado y Notario de la República de Honduras, sobre constitución de la sociedad de Responsabilidad Limitada denominada "MAYACA EXPRESS S.R.L.", administrada y representada legalmente por William E. Teeters (fl. 12 a 18 del C.1).

Con la copia autenticada con traducción oficial a nuestro idioma español de Contrato de FLETAMENTO POR TIEMPO, suscrito entre la firma MAYACA EXPRESS S.R.L., de Honduras, en su condición de propietario de la Motonave Mayaca Express, y la Sociedad Mayaca Line, fletadores de la ciudad de Miami en los EE.UU., por el término de un año, prorrogable por un año más, con canon de mil doscientos dólares americanos (US$1.200.oo) diarios durante la vigencia del contrato.

Con la copia autenticada de la providencia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de San Andrés Isla, del 2 de marzo de 1988, confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de Distrito de Cartagena, el 21 de septiembre del citado año, que dice en lo pertinente:

> "Con los documentos idóneos que en forma amplia militan en el expediente, palmariamente se acreditó que la motonave "MAYACA EXPRESS" de propiedad de la "COMPAÑIA MAYACA EXPRESS S. de R.L.", cuyo representante legal es el señor WILLIAM TEERTERS, y éste en su calidad de tal con plenas facultades, entre otras, para otorgar poder y constituir apoderados así lo hizo, en cabeza del doctor González Rosado". (Folio 28, C.1).
>
> "Analizado el accidentado itinerario de este proceso, hasta el momento no han aflorado hechos que permitan predicar la vinculación punitiva de los propietarios de la motonave ya que el acervo probatorio recolectado no (sic) asuma la más leve sindicación penal sobre ellos. Por lo tanto, teniendo como soporte jurídico la incontrovertible realidad que la conducta investigada no compromete en lo más mínimo a ellos, previo cuestionamiento legal se ordenará entregar la supradicha embarcación por las siguientes razones:
>
> "a) La Constitución de la Sociedad Naviera Mayaca Express S. de R.L. (escritura No. 19) Tegucigalpa D.C) febrero nueve (9) de 1984, la representación legal y la facultad del Mandante, WILLIAM E. TEERTERS, para nombrar apoderado y revocar mandatos se haya plenamente demostrada en el cúmulo de probanzas; igual que la propiedad de la embarcación "MAYACA EXPRESS": Sobre este tópico considera el Despacho que ello no tiene objeción, respaldando las posturas del Juzgado Ciento Cuatro (104), de Instrucción Penal Militar, del Fiscal Quinto del Tribunal Superior Militar (Concepto Fiscal No. 372 - octubre 8 de 1985), y del Magistrado Ponente - Tribunal Superior Militar, doctor Ferrán Gómez Vélez - enero 31 de 1986 - 94964 (2116).

A idéntica conclusión respecto de la propiedad de la nave en cabeza de la sociedad Mayaca Express S.R.L., arriba la administración en los siguientes documentos: El acta

de la diligencia de Decomiso suscrita por el informe Evaluativo de la Procuraduría General de la Nación, del 4 de diciembre de 1990 y; la Vista de Fondo del Ministerio Público rendida en la primera instancia (fls. 48 a 51 - 133 a 144 - 163 a 176 y 341 s.s.).

2.- Que la parte actora instauró demanda ante el Tribunal del Distrito Judicial del Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica, la cual debido a su improcedencia fue desistido. Con ello se pretendía que a la Nación Colombiana se le declarara responsable y se condenara el pago de los perjuicios por lo que el *libelo* califica como injusta interferencia y apropiación ilícita de la nave por parte del gobierno de la República de Colombia; la demanda en cuestión presentada el 11 de octubre de 1985 narra los siguientes antecedentes:

> "5. En febrero de 1985, MAYACA LINES que contactada por el Gobierno de los Estados Unidos para ayudar en la lucha contra el narcotráfico. Los Estados Unidos de América, actuando a través del agente especial del Servicio de Aduanas Roberto Pospisil, prometió a MAYACA que si ésta cooperaba con los Estados Unidos en las actividades antinarcóticos, la M/N MAYACA EXPRESS nunca sería confiscada ni por los Estados Unidos, ni por cualquier otra nación extranjera, incluyendo a la REPUBLICA DE COLOMBIA por acusaciones relacionadas con droga que resultare de cualquier forma, debido a dicha cooperación.
>
> "6. Confiando en las manifestaciones de los Estados Unidos, MAYACA LINES convino en que un agente encubierto viajara a bordo de la M/N MAYACA EXPRESS y que dicho agente vigilaría a los miembros de la tripulación y prevendría el contrabando a los Estados Unidos.
>
> "7. Dicho agente encubierto se excedió en su autoridad y solicitó activamente el negocio de cocaína en San Andrés. Más tarde, el MAYACA EXPRESS regresó al puerto de Palm Beach el día 1o. de abril de 1985.
>
> "8. En o cerca de dicha fecha, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos por medio de sus agentes, arrestaron a dos (2) nacionales colombianos originarios de San Andrés, en un motel del Condado de Palm Beach, Florida y los acusaron de tráfico ilegal de drogas. Se confiscaron cerca de cuarenta (40) libras de cocaína. El agente encubierto que había estado a bordo de la M/N MAYACA EXPRESS como miembro de la tripulación fue parte instrumental en el arresto de los dos (2) nacionales colombianos.
>
> "9. En el momento del arresto y el descubrimiento de la droga y posteriormente, en el proceso penal que llevó a la instrucción de cargos, los Estados Unidos de América dieron a conocer que los propietarios y operadores del MAYACA EXPRESS habían cooperado con las autoridades en el descubrimiento de la droga. Esta información era conocida de los dos (2) nacionales colombianos que fueron arrestados en el motel del condado de Palm Beach, Iván Manuel García y Orlando Idarraga.

"10. Subsiguientemente, los dos (2) acusados colombianos consignaron la fianza y luego se fugaron, regresando a San Andrés y con conocimiento de que los propietarios y operadores del MAYACA EXPRESS habían cooperado con las autoridades de los Estados Unidos.

"11. Más tarde, el barco regresó a San Andrés en su ruta regular. El día sábado 18 de mayo de 1985, las autoridades colombianas registraron la nave justamente antes de su partida, lo que es una práctica usual. En dicha fecha, mientras que la nave se hallaba atracada en el muelle en San Andrés, las autoridades colombianas encontraron 4.5 kilogramos de cocaína de baja calidad en un cuarto de bodegaje de lavandería, el cual podía entrar todo el personal que se hallaba a bordo de la nave.

"12. La M/N MAYACA EXPRESS fue detenida en San Andrés y se llevó a cabo una investigación dispendiosa por parte del Teniente Lomoto, Juez Militar a cargo de la Isla de San Andrés. El Juez Lomoto concluyó que los propietarios de la M/N MAYACA EXPRESS, William Teesters y Melvin Teesters, residentes en Lake Worth, Florida, no estaban conectados en forma alguna con el tráfico ilegal de drogas. El Juez Lomoto, por lo tanto, recomendó a sus superiores que la M/N MAYACA EXPRESS fuera puesta en libertad y devuelta al control operativo de MAYACA LINES.

"13. Durante la larga investigación, a partir de junio los oficiales y tripulantes de la M/N MAYACA EXPRESS, con la excepción del Capitán, han estado encarcelados en la prisión militar de San Andrés. MAYACA LINES se ha visto obligado a pagar por la alimentación de la tripulación, debido al hecho de que las autoridades colombianas se niegan a alimentarlos.

"14. A pesar de la recomendación del Capitán Lomoto, fechada el 22 de junio de 1985, para la devolución del banco a MAYACA LINES, las autoridades superiores colombianas se han rehuzado (sic) a seguir dicha recomendación. Más bien, han llevado al ingeniero jefe del barco, esposado y bajo guardia, a bordo de la nave y lo han forzado a que les muestre como se maneja. Con posterioridad a ésto, la REPUBLICA DE COLOMBIA, actuando a través de su Armada, han llevado el barco de San Andrés a Cartagena, Colombia, donde se halla situada su principal base marítima y han pintado sobre el nombre de la empresa MAYACA LINES, en letras de diez pies de largo y sobre los costados del buque, así como sobre el nombre y puerto de este barco hondureño debidamente registrado.

"15. En ningún momento fueron avisados los propietarios y apoderados de la M/N MAYACA EXPRESS por parte de las autoridades colombianas sobre el hecho de que la nave había sido detenida oficialmente, o el motivo por el cual lo hacían, o que había sido llevada a Cartagena, o que estaba siendo repintada, o que se le había puesto el nombre de A.R.Z., SAN ANDRES. Más aún, en ningún

momento se le ha notificado oficialmente a los dueños y operadores de la M/N MAYACA EXPRESS por parte de la REPUBLICA DE COLOMBIA o por cualquier otra entidad que actúe en su nombre, que el barco ha sido decomisado o expropiado para la REPUBLICA DE COLOMBIA o por cualquier otra entidad bajo su autoridad.

"16. En o cerca del 10 de septiembre de 1985, la M/N MAYACA EXPRESS salió de la base naval de Cartagena, cargó cemento en Barranquilla, y se dirigió en un viaje hacia la Costa Oeste de Colombia, al puerto de Tucaro. Dicho viaje constituye una actividad comercial y en ninguna forma está relacionado con cualquier tipo de ejercicio militar.

"17. La toma de la M/N MAYACA EXPRESS por la REPUBLICA DE COLOMBIA fue retaliatoria y sin justificación legal o de hecho. Dicha expropiación constituye un quebrantamiento del derecho internacional, y el tomarla sin la debida compensación y no se halla justificada bajo ninguna circunstancia. Los Estados Unidos de América, en capacidad oficial y a través del Departamento de Estado, ha presentado solicitudes para que el barco sea devuelto a sus propietarios, pero esta solicitudes han sido ingnoradas o negadas" (folios 153-155, C.1).

3.- Que la nave regresó a la Isla de San Andrés, y por haber satisfecho los requisitos exigidos por las normas pertinentes, la Capitanía del Puerto le autorizó el zarpe el día 17 de mayo de 1985. Pese a contar con esa autorización de salida, el Agente Marítimo solicitó al DAS que se practicara una revisión de la embarcación; por abrigar dudas sobre la conducta de algunos de sus tripulantes. Al acceder las autoridades del DAS a la petición formulada por el Agente Marítimo, a las 7:30 horas del día 18 del mes y año citados, en uno de los camarotes destinados a los marineros los sabuesos encontraron unos paquetes, que contenían cuatro y medio (4 ½) kilos de cocaína. Por este motivo, las autoridades procedieron a librar la orden de inmovilización de la motonave y como consecuencia de ello, la pusieron a órdenes del Juzgado 104 de Instrucción Penal Militar.

Por mandato de los Decretos 1188 de 1974, 2242 y 1060 de 1984, el Juez Instructor ente los días 29 y 30 siguientes a la retención, practicó la diligencia de legalización del comiso y además, ordenó poner la nave a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes.

4.- El Ministro de Justicia de la época, en ejercicio de las atribuciones previstas en el Decreto 2242 de 1984, por medio de la resolución No. 1498 del 5 de junio de 1985 adoptó las siguientes decisiones:

"Artículo primero: Asignar de manera provisional a la Armada Nacional la Motonave "MAYACA EXPRESS", motor Diessel 1.500 H.P., patente de navegación número RHL-82623 y Matrícula Hondureña".

"Artículo segundo: La entidad a la que se asigna la motonave anteriormente descrita, será responsable de la misma, conforme el acta de entrega que deberá elaborar el funcionario que la efectúe y de la cual se enviará copia al Consejo Nacional de Estupefacientes".

"Artículo tercero: La entidad oficial en referencia, **deberá presentar al funcionario de instrucción o de conocimiento, la motonave que se le asigna provisionalmente** por medio de la presente resolución, cuando éstos los requieran para los fines relacionados con el proceso al cual se hallan vinculados" (subrayas fuera del texto fls. 46 a 54 del C.1).

5.- Es prudente señalar que el acto administrativo al asignar la nave a la Armada Nacional no lo hizo para que se empleara en "EL SERVICIO O ACTIVIDADES OFICIALES" previsión que resulta lógica, pues en lo concerniente a la investigación penal apenas se adelantaban las diligencias sumarias; es necesario resaltar estos antecedentes, para efectos de comprender el uso que se le dio a la nave.

La Armada Nacional trasladó la embarcación al puerto de Cartagena y estando surta en la bahía procedió a cambiarle el color, su bandera original por la de Colombia, su identificación por la T.M-60 - (Transporte Militar) ARC "San Adrés" e incluso se le matriculó como de propiedad de la Armada Nacional. Pese a los cambios introducidos, la nave continuó con los equipos que ya tenía para combatir incendios limitados a: 10 extinguidores, algunos de doble propósito, una manguera de control de incendios, una bomba de mano y dos de servicios generales de piston para achique, lastre e incendio de hindrantes de cubierta (fls. 50 y 51).

6.- No existe constancia del uso dado a la embarcación entre la fecha del comiso y el 28 de octubre de 1985, en que se la destinó a cumplir labores de comercio en el área de transporte internacional. En cumplimiento de lo anterior, la Armada Nacional emitió la orden de operación No. 315 - CFNA, por la cual dispuso que partiera de la base de Cartagena de Indias con destino al puerto de Liborno, en la República Italiana, transportando a bordo una carga de cemento. La nave zarpó sin cumplir con las previsiones y recomendaciones que impartió el Departamento Técnico de la Armada Nacional, en razón a que presentaba averías y carecía de equipos adecuados y suficientes para solucionar emergencias como el caso de incendio. Además, pese a su dedicación a labores de comercio, emprendió viaje sin contar siquiera con un seguro marítimo que cubriera los siniestros de incendio y naufragio (fls. 48 a 51 del C.2).

7.- Doce días después de la orden impartida, es decir, el 9 de noviembre de 1985, navegando en altamar la tripulación -posición Lat. 29°, 28' N y Ong. 34° 35' 6 W la tripulación detectó un incendio en el camarote ocupado por el marinero IVAN PEDROZA BLANQUICETT, que debido a la carencia de equipos suficientes y adecuados, no pudo ser oportunamente controlado ocasionando parte del daño. El informe rendido por el Capitán de la nave, es ilustrativo de las circunstancias de tiempo,

modo y lugar en que se produjo la lesión al derecho subjetivo jurídicamente tutelado cuyo resarcimiento se impetra en la demanda; dice en lo pertinente:

"Me dirijo al señor Contralmirante, Comandante de la Fuerza Naval del Atlántico con el fin de informar los sucesos ocurridos que causaron el naufragio en la unidad TM-60 ARC "SAN ANDRES".

"La unidad zarpó el día 28 de octubre de 1985 en cumplimiento de la oroper No. 315-CFNA-oct./85 siguiendo el plan de Navegación indicado para esta operación. El día 091400Z y siendo las 12:00 horas tiempo local en posición Lat. 29° 28' y Log. 34° 35 6' W el personal se disponía a almorzar cuando S3 RT SANABRIA CEPEDA LUIS informó al oficial de guardía TFEI BEJARANO URREGO MAURICIO de un incendio en el camarote del marinero BLANQUICETT PEDROZA IVAN, y de inmediato se pitó zafarrancho de incendio. Este camarote estaba situado en la segunda cubierta de popa por el costado de Babor entre el taller de herramientas y la camareta de suboficiales la cual se había adaptado como camarote para el grupo de Comandos Anfibios; el camarote del MA BLANQUICETT PEDROZA IVAN así como la cubierta 200, únicamente tenía acceso por una escala de madera.

"A la vez de zafarrancho salí de mi camarote y al llegar a la escala de acceso al área afectada noté que había mucho humo, bajando rápidamente comprobé que todo el costado de babor estaba completamente en llamas y tuve que salir a tomar aire. En ese momento salía del cuarto de máquinas el SIMO PEREZ CLEMENTE quien dijo que el humo no le permitió desasegurar la bomba portátil, tampoco energizar la bomba de balastro, que estaba al fondo del primer nivel del cuarto de máquinas y suministraba la presión de incendio, esta bomba normalmente va asegurada.

"Se ordenó apagar la máquina desde el puente.

"Al momento bajé nuevamente, al mismo tiempo que el señor CF. VARON y el segundo Comandante habían organizado dos grupos que en cadena pasaban extintores de doble propósito, agua en baldes y mangueras. Mientras se combatía el incendio pude apreciar que las llamas entraban por el cuarto de máquinas y por el otro lado del pasillo llegaba a la escala de madera, que era el único acceso entre la cubierta principal y la cubierta 200.

"Se iba relevando el personal que bajaba a controlar el incendio y al volver a subir ví que comenzaba a soplarse la cubierta principal comenzando a salir humo de los camarotes que estaban en esta cubierta. Por otro lado se había formado otro grupo que metía manguera con agua potable desde la cubierta 01 a los camarotes por los portillos exteriores del casco.

"La escala de acceso a la cubierta 200 se mantuvo refrigerada hasta que la llama fue demasiada y empezó a quemarse; el personal subió de inmediato, ya que el

incendio rápidamente había pasado al cuarto de máquinas y al otro costado, entonces se dio la orden de cerrar todas las puertas para sofocar el incendio, saliendo todo el personal a cubierta donde se armaron nuevamente los grupos para refrigerar los mamparos de las bodegas y cubierta principal.

"Hasta ese momento calculo que habían pasado unos quince minutos de haberse pitado el zafarrancho de incendio, a la vez que se refrigeraban los mamparos, se veía por los portillos que la llama tomaba más fuerza por lo que se le dio la orden al grupo que estaba en la cubierta 01 que botaran las balsas salvavidas y los botes al agua y los aseguraran por el costado de soltavento hacia la proa.

"De ahí en adelante el incendio fue tan rápido que no permitió sacar nada de los camarotes quedando el personal con lo que tenía puesto. El personal que estaba en la cubierta 01 subió al puente y bajó por medio de una línea de vida, haciendo de último el suboficial de navegación con los elementos de navegación y el radioperador que se encontraba en el Radio dando la seña de socorro.

"A partir del momento sólo quedaba evitar que el fuego no pasara a las bodegas, por lo que se tuvo que mantener tres (3) grupos controlando la temperatura de los mamparos y el resto de personal alistando los botes salvavidas con lo necesario para supervivencia en el Mar. Hasta el momento había pasado aproximadamente una hora y la popa parecía una tea encendida.

"La popa continuó ardiendo toda la tarde del día 9 de noviembre de 1985 y los grupos se relevaban para mantener refrigerados los mamparos de las bodegas y la cubierta principal. Cuando eran las 19:00 horas tiempo local se divisó un buque en el horizonte a unas seis (6) millas, se dispararon varias bengalas, y el contacto viró hacia nosotros hasta llegar a unas 700 yardas, donde arrió un bote que se abarló al buque, embarcándose un grupo de inspección al mando del Segundo Comandante de la Motonave "CAPITAN GUDIN" de Bandera Soviética, se le explicó la situación y solicité formalmente asistencia. El buque asistente, intentó acercarse para pasar mangueras, pero había mar gruesa, por lo que alistó una maniobra para pasar una guaya y que ésta sirviera de línea guía para pasar las mangueras. Esta maniobra terminó aproximadamente a las 21:00 horas tiempo local y finalmente se pasaron dos mangueras de 21/2" pulgadas desde la popa del buque Capitán Gudin hasta la proa del ARC "SAN ANDRES", y de allí, se conectaron tramos de mangueras hasta llegar a nuestra popa, empezándose de una vez a atacar el incendio con aplicadores de FOAM durante tres horas y media. Al término de ese tiempo y aparentemente extinguido el incendio, se pasó una inspección y se encontró que el cuarto de máquinas según encendido, volviendo nuevamente aplicar FOAM por la chimenea. Se pasó otra inspección general y aunque los mamparos estaban calientes se logró extinguir el fuego. Eran las 03:00 horas del día 10 de noviembre. Los espacios de alojamiento, cubierta 01 y puente quedaron vacíos, no se pudo entrar al cuarto

de máquinas por estar todavía muy caliente. En ese momento me dí cuenta que las divisiones de los camarotes no eran metálicas sino de aserrín presnado que ya se había consumido todo presentando aspecto de bodega. Las láminas y mamparos del forro exterior y cubierta estaban doblados y unos desprendidos, se procedió a preparar el aparejo de remolque con una guaya de 45 mm. (1' ¾) que era la de mayor diámetro y longitud de 300 mts., cuando estuvo listo el aparejo de remolque ordené que se quedara abordo un Oficial y 5 tripulantes para atender cualquier maniobra y el resto de personal se trasladó al buque asistente.

"A las 05:00 horas tiempo local se inició el remolque con rumbo a las Palmas (Gran Ganaria), la unidad ARC "SAN ANDRES" presentaba una escora de unos 15° a estribor, notándose que el ángulo era cada vez mayor.

"Al rededor de las 10:30 horas tiempo local del 10 de noviembre de 1985 el estado del mar había empeorado de 7 a 8 en la escala de Beaufort de los vientos, esta condición Marítima adversa causó mayo esfuerzo en la guaya de remolque, la cual se reventó.

"El capitán de la motonave asistente en él, intentó de recuperar la maniobra, recibió tres colisiones seguidas, por el costado de estribor media cubierta, cuasados por la proa del ARC "SAN ANDRES", doblando la borda. Se pasó una inspección abordo, en el cuarto de máquinas quedando todo fundido e inservible. Se anexa informe respectivo del ingeniero jefe.

"A las 17:00 horas tiempo local, se procedió nuevamente al remolque con dos guayas de 29 mm., cada una de 200 mts. de longitud la escora de la unidad seguía aumentando aproximadamente a un ángulo de 20° a 25° estribor dejando ver permanentemente las quillas de balance de ese costado.

"La temperatura ambiente era de 18° C y el viento arreciaba, la mar estaba más gruesa y se decidió remolcar a tres (3) nudos por lo corto del remolque y tratar de reducir la entrada de agua, por los portillos de estribor cuyos vidrios se habían partido a consecuencia del incendio.

"El día 11 de noviembre a las 11:00 tiempo local se rompió una de las guayas y a este momento el buque se encontraba bastante sentado a popa y más escorado a estribor.

"La situación era crítica porque no se disponía de más guaya para reponer la maniobra, el capitán del buque asistente me manifestó que era necesario traer a la gente nuestra que se encontraba en el ARC "SAN ANDRES" por su seguridad y abandonar el buque. Revisé nuevamente la situación viendo la influencia del clima frio, la condición del mar grueso, el agotamiento de recursos para remolcar del buque Soviético y la escora creciente de la unidad, concluí que todo afectaba la seguridad y la vida del personal y que lo más prudente sería

abandonar la Unidad, previa consulta con el señor Comandante de la Fuerza Naval del Atlántico, procediendo a buscar los medios del servicio radiotelefónico internacional.

"Después de recibir la autorización del señor Comandante de la Fuerza Naval del Atlántico abandonar la Unidad y acelerar su hundimiento porque no garantizaba la seguridad del personal a bordo, y porque era imposible mantenerla a flote, se procedió a efectuar la maniobra a las 09:00 tiempo local del día 12 de noviembre. El personal que se encontraba a bordo del ARC "SAN ANDRES" únicamente pudo remover uno de los filtros, de las válvulas de fondo, ya que el cuarto de máquinas estaba inundado, luego se arrió el bote del buque asistente pese al riesgo que implicaba por el estado del mar para traer el personal que se encontraba en el ARC "SAN ANDRES". Fue necesario disponer de un grupo de ambas tripulaciones abordo del buque asistente para ayudar a la subida del personal que venía en el bote, alistando escalas y mallas para minimizar los riesgos en esta operación.

"A las 14:15 horas tiempo local todo el personal estuvo abordo y se inició bombeo del agua a la bodega para acelerar el hundimiento del ARC "SAN ANDRES". Los estrechonazos eran fuertes y de tal magnitud que hacían peligrar al buque asistente el cual sufría fuertes escoras con riesgo de sobre pasar el límite de seguridad de éstas.

"A las 21:05 horas tiempo local del 12 de noviembre de 1985, en posición Latitud 28° 46.55' N y longitud 35° 09.26 W se terminó de hundir el ARC "SAN ANDRES" en una profundidad de 5.000 mts" (folios 6-10, C.2).

Del anterior informe, la Sala deduce con ostensible claridad que se carecía de adecuados y suficientes equipos contra incendio y que la conflagración no pudo ser controlada debido a ese hecho; igualmente, de las pruebas analizadas se desprende que el hundimiento de la nave fue hecho provocado o deliberado, al estimar las autoridades navales que no era posible su remolque hasta el puerto más cercano para salvar la nave. Esta suma de imprevisiones y fallas descartan cualquier causal que permita configurar una fuerza mayor eximente de la responsabilidad estatal.

Las autoridades militares los mantuvieron en reserva, los hechos anteriores, pues ni siquiera se informó del siniestro al Ministerio de Justicia, al Juez de Instrucción ni a los dueños de la nave.

8.- Según se dejó anotado, el Juez de conocimiento en providencia confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, dispuso la devolución de la nave a sus legítimos propietarios. De la providencia se resalta lo que interesa a este proceso:

"Con los documentos idóneos que en forma amplia militan en el expediente, palmariamente se acreditó que la motonave "MAYACA EXPRESS" de pro-

piedad de la Compañía "MAYACA EXPRESS S. de R.L., cuyo representante legal es el señor WILLIAM TEETERS..."

"Analizado el accidentado itinerario de este proceso, hasta el momento no han aflorado hechos que permitan predicar la vinculación punitiva de los propietarios de la Motonave ya que en el acervo probatorio recolectado no asoma la más leve vinculación penal sobre ellos. Por lo tanto, teniendo como soporte jurídico la controvertible realidad que la conducta analizada no compromete en lo más mínimo a ellos, previo cuestionamiento legal se ordenará entregar la supradicha embarcación..."

"En consecuencia, el juzgado al comprobar que no hay responsabilidad penal en relación con el "MAYACA EXPRESS" y a los armadores accederá a la entrega ordenando la restitución del bien relacionado..." (Fls. 28 a 34).

El Tribunal Superiror agrega lo siguiente:

"Mediante docuementos traducidos al español, se demostró la buena conducta moral, la honestidad y las buenas costrumbres de los propietarios de la embarcación referida..."

"Que se ejerció a través de su tripulación, estricta vigilancia, sobre todo revisando a los particulares que a ella entraban y prestándose guardia y riguroso control de turno".

"La inexistencia de mérito suficiente para vincular mediante indagatoria a los propietarios de la Motonave "Mayaca Express".

"Que el señor CARLOS RAMOS TORREGLOZA, agente marítimo de la embarcación, solicitó a las autoridades del DAS la revisión de la misma antes de zarpar".

"La vinculación mediante indagatoria de los presuntos autores, copartícipes o cómplices del hecho investigado, que luego, fueron sobreseídos temporalmente y otros en forma definitiva". (Fls. 35 a 44 del C.1).

El juez requirió de la Armada Nacional información sobre el sitio de ubicación de la nave. La Armada con oficio 381 del 8 de noviembre de 1988 le comunicó su completo desconocimiento sobre el particular. Ante la negativa, el día 21 del mismo mes y año, los ahora demandantes formularon queja ante el Ministerio de Defensa y la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, queja que surtió efecto, pues con oficio MDJNG del 2 de febrero de 1988 sus propietarios fueron informados que la motonave "se incendió, habiéndose hundido en altamar, circunstancia que según la indagación adelantada, se debió indudablemente a la fuerza mayor" (fl. 57 C.1); el juzgado dispuso

la práctica de un avalúo de los perjuicios, rendido el 20 de mayo de 1989, el cual arroja la suma de $890.000.000.oo por la motonave, su inventario de anexos y cuatro (4) años de lucro cesante (fl. 58).

La Procuraduría General de la Nación en ejercicio de la atribución que tiene de intervenir como parte en los procesos que se surtan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico y en casos como el presente, en su función específica de defender los intereses de la Nación (artículo 127 del C.C.A.), por medio de la Procuradora Delegada en lo Civil dispuso que a través de un abogado visitador se hiciera una evaluación de los antecedentes del proceso, el cual concluyó con el informe agregado a los folios 163 a 176. Mediante providencia del 4 de diciembre de 1990 (folios 177 a 179), el jefe de ese despacho decidió acogerlo en todas sus partes, por estar acorde con la actuación procesal y dispuso:

> "Compulsar copias con destino a la Procuraduría General de la Nación y a la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, a fin de que se establezca si en su actuación Fiscal y el apoderado Judicial de la Nación pudieron incurrir en falta u omisión susceptible de acarrearle sanción disciplinaria.
>
> "Compulsar copias con destino a la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, para que se investiguen los posibles punibles de TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES Y CONCIERTO PARA DELINQUIR Y FRAUDE PROCESAL (el cual se hace derivar del hecho de que los propietarios de la nave aportaron pruebas que los hace aparecer como personas vinculadas a la lucha contra el narcotráfico, cuando ellos en verdad conocían de la utilización ilícita de la embarcación) contra los propietarios de la motonave, de conformidad con el artículo 19 del C. de P.P.; también, se pidió la designación de un agente especial que interviniera en las diligencias que habrían de iniciarse.
>
> "Finalmente, compulsar copias para la oficina de Investigaciones Especiales a fin de que ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica se promoviera las diligencias concernientes al total esclarecimiento de los sucesos.

Visto lo anterior, se concluye que no pueden acogerse las solicitudes formuladas por la demandada y por el Ministerio Público. La acción está incoada por parte legitimada para postular las pretensiones y fue propuesta en oportunidad legal ya que el término no puede contarse desde la fecha en que la Armada Nacional hundió la embarcación. Esa operación se mantuvo como parte de la reserva militar y permaneció así hasta fue develada el 2 de febrero de 1989; de esa fecha hasta cuando se recibió el *libelo* demandatorio, el 8 de agosto del mismo año, no había vencido el plazo, previsto para ese efecto en el artículo 136 del C.C.A.

Según lo dispuesto en el Decreto 1498 de 1985, al señor Ministro de Justicia le correspondía destinar al servicio oficial, de las entidades públicas enlistadas en el

Decreto 1060-5 de 1984, entre otros, los vehículos y demás medios de transporte utilizados en la comisión de los delitos a la sazón descritos en el capítulo V del Decreto Extraordinario 1188 de 1974 debiendo comunicarlo a sus propietarios. Razonablemente mientras los titulares de dominio o poseedores no fueran declarados penalmente responsables de la comisión de alguno de esos ilícitos, los bienes quedaban en depósito y en ese sentido se orientó el acto administrativo cuando asignó la embarcación a la Armada Nacional, provisionalmente y bajo su responsabilidad.

En tal virtud, a la administración le estaba vedado usar la nave debía mantenerla a cubierto de todo riesgo, además de cuidarla y vigilarla hasta cuando se le adjudicara definitivamente, o bien, hubiera cumplido con su devoción en las mismas condiciones que la recibió. En el caso *sub-júdice*, por el contrario, la usó no para el desempeño de sus actividades cotidianas sino para lucrarse en el ejercicio de actividades mercantiles; agréguese a lo anterior, que ni siquiera se tuvo la mínima precaución de contratar un seguro contra incendio o naufragio. Síguese entonces, que para efectos de este proceso la conflagración ocurrida no puede considerarse como un evento de fuerza mayor, fenómeno en el que tampoco puede incluirse el naufragio provocado intencionalmente por los agentes de la Armada Nacional.

En los autos, no se agregó medio alguno de prueba que desvirtuara la presunción legal de validez del acto administrativo por medio del cual se asigna provisionalmente y bajo responsabilidad de la Armada Nacional la motonave Mayaca Express.

Por todo lo anteriormente expuesto la Sala deduce que las actuaciones y omisiones de la Armada Nacional, generaron los perjuicios que reclama la demandante por concepto de daño emergente y lucro cesante y como en ese sentido se encuentra orientada la providencia recurrida, se debe, pues, confirmar (artículo 90 de la C.N.).

De otro lado, la Sala estima que el *a-quo* acertó al rechazar la petición que le formuló la parte actora en el sentido de evaluar los perjuicios materiales con base en la fotocopia allegada a los autos del experticio simbólico rendido en el proceso penal (folio 58, C.1), pues además de carecer de precisión y de fundamento, este no se practicó con la comparecencia de la Nación y en tal virtud, en este proceso no puede valorarse como prueba trasladada por no reunir los requisitos previstos en el artículo 185 del C. de P.C.".

Juan de Dios Montes Hernández

Fecha Ut Supra.

COMUNERO/COMUNIDAD/LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA

Analizado en su alcance, el *petitum* de los ordinales 1o., 3o. y 5o. sólamente podía formularse en nombre o a favor de la comunidad a la cual pertenece el predio. Las orientaciones de la jurisprudencia y la doctrina son claras al señalar que en casos como el presente para la prosperidad de sus súplicas la parte actora no puede pedir para sí sino que debe hacerlo para la comunidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. 5254. Actor: Ramón Jimeno Ditta y Otros. Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Magdalena, el 22 de septiembre de 1987, mediante la cual se declaró inhibido para decidir de fondo el encontrar suficientemente probada la excepción de ineptitud de la demandada por indebida acumulación de pretensiones.

ANTECEDENTES PROCESALES

RAMON VICENTE JIMENO DITTA, RAFAEL JIMENO DITTA, ELISA DITTA DE JIMENO, ELIZABETH JIMENO DE FERNANDEZ y ALBA JIMENO

DITTA, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagraba la Ley 167 de 1941, en oportunidad legal el 15 de diciembre de 1983, formularon demanda con el objeto de obtener el despacho favorable de las siguientes pretensiones:

PRIMERO: Declarar nula, de nulidad absoluta, revocar y ordenar la cancelación del registro de la adjudicación que contiene la resolución No. 774 de septiembre 14 de 1983, por ilegitimidad de la personería del Estado, representado por el Incora, Magdalena, para adjudicar a la señora, Edit Massi Núñez, tres (3) hectáreas, nueve mil cuatrocientos treinta y siete (9.437) metros de terreno, ubicado en la región de Córdoba, Municipio de Ciénaga, que no es baldío ni del Estado, sino de propiedad privada con título y tradición certificada por la Oficina de Registro respectiva, en cabeza de mis pordendantes.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad declarada, ordenar a entrega del terrero adjudicado como baldío a sus legítimos dueños, RAMON JIMENO DITTA, RAFAEL JIMENO DITTA, ELISA DITTA VDA. DE JIMENO, ELIZABETH JIMENO DE FERNANDEZ y ALBA JIMENO DITTA y restituirle sus derechos en forma plena y completa, tal y como les fueron conculcados a ellos mismos esos derechos por el INCORA como adjudicador en representación del ESTADO, con la RESOLUCION 0774 de 1983, y por la señora EDIT MERCEDES MASSI NUÑEZ, como peticionaria y beneficiaria con al adjudicación, según lo disponen los art. 67 y 68 C.C.A.

"TERCERO: Condenar al ESTADO, representado por el INCORA, Magdalena, con sede nacional en Bogotá D.E. y a la señora EDIT MERCEDES MASSI NUÑEZ, cédula de ciudadanía No. 26.708.773 de Ciénaga, Magdalena, a pagar solidariamente a los señores RAMON JIMENO DITTA, RAFAEL JIMENO DITTA, ELISA DITTA VDA. DE JIMENO, ELIZABETH JIMENO DE FERNANDEZ y ALBA JIMENO DITTA, mayores y de esta vecindad, indemnización por el daño emergente y el lucro cesante proveniente de haberles privado de la propiedad del inmueble adjudicado como baldío y del derecho a disfrutar de las rentas de sus productos, por medio de la RESOLUCION No. 0774 de 1983, indemnización que se hará efectiva desde le 14 de septiembre del corriente año, hasta cuando se verifique real y efectivamente la entrega voluntaria del inmueble a sus dueños. Estos perjuicios se evaluarán por peritos de la lista oficial de colaboradores de la justicia.

"CUARTO: Condenar a la demandada EDIT MERCEDES MASSI a devolver a mi pordedante, en el término de cinco días (5) contados a partir de la notificación de esta providencia, los CIENTO DIEZ MIL PESOS ($110.000.oo) MONEDA LEGAL que recibió de los señores, JACOBO AMAYA Y ANTONIO RIASCOS TORRES, por la venta de una fracción del terreno adjudicado para construir un canal de riego, y a pagar las costas y los honorarios de abogado de esta demanda.

"QUINTO: Cordenar al ESTADO, representado por el INCORA, y a la señora EDIT MERCEDES MASSI NUÑEZ, a indemnizar a mis pordedantes, y el daño emergente y al lucro cesante proveniente del privarlas de una fija de cuatro (4) metros de ancho a lo largo de su recorrido en la finca de propiedad de ellos, y de imponerles simultáneamente la obligación contractual de un servidumbre de tránsito permanente de aguas, por tiempo indefinido, cuyos perjuicios se avaluarán por peritos auxiliares de la justicia de la lista oficial.

"SEXTO: Decretar embargo y secuestro previo de mejoras de la damandada, EDIT MASSI NUÑEZ, si las hubiera en el terreno adjudicado como baldío, ejerciendo el Tribunal Contencioso Administrativo la facultad discresional que le confiere para el caso, el art. 69 del C.C.A., para que ella pueda responder con solvencia económica de los perjuicios de la condena.

"SEPTIMO: Prohibir a la demandada toda clase de trabajos en la finca adjudicada, a excepción, de los acostumbrados como limpias, riegos, recolección, transporte y venta de sus productos, y abstenerse de fraccionar y vender a terceros partes de la finca". (fl. 4 y 5 C.1).

Como fundamento del *petitum,* se invocaron estos hechos:

"TITULARES DEL DOMINIO DEL PREDIO ADJUDICADO

Mis poderdantes, mencionados arriba, son titulares inscritos del derecho de dominio de las 3. hect. 9437 M2 de terreno adjudicado como baldío a EDIR MERCEDES MASSI NUÑEZ, por haberlas adquirido como herederos de RAMON JIMENO SAMUDIO, comprendidas dentro de un lote de mayor extensión, en cuyo proceso mortuorio se les describe así:

"Predio o finca denominada LA TOMA, ubicada en la región de Córdoba naga (sic), Departamento del Magdalena, con un extensión de ocho (8) hectáreas aproximadamente, sembradas de bananos, limoneros, árboles frutales como mangos, aguacates, y otros, pancoger y una parte de terreno (ilegible), ubicada dentro de los siguientes linderos: Norte, finca de bananas denominada Parare, de los sucesores de Helena Mier de Vengoechea; Sur, márgen derecha del Río Córdoba; Este, BOCATOMA de la acequia MAMONAL; y Oeste, finca que es o fue de la empresa de Magdalena Fruit Company, (ilegible) de Sevilla. La finca se encuentra atravesada por las acequias de Mamonal y de parare...".

"Cada pordendante mío tiene una hijuela que acredita su dominio como accionista propietario de la finca LA TOMA, sacada del proceso mortuorio de RAMON JIMENO SAMUDIO, tramitada en el Juzgado Civil del Circuito de Ciénaga, procotolizado por escritura pública No. 447 de 1976 en la Notaría Primera de Ciénaga, y registrada como aparece en el certificado de tradición vigente que se anexa.

"IDENTIFICACION DEL PREDIO ADJUDICADO

"2.- LA RESOLUCION No. 0774 DE SEP 14 DE 1983 del INCORA, dice... ART. PRIMERO- Adjudicar definitivamente a EDIT MERCEDES MASSI NUÑEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 26.708.773 de Ciénaga, Magdalena, **el terreno baldío** denominado LA TRANCA, ubicada en el paraje de Córdoba, Municipio de Ciénaga, Magdalena, cuya extensión ha sido calculado en tres (3) hectáreas, nueve mil cuatrocientos treinta y siete (9.437 M2) metros cuadrados individualizado por los siguientes linderos. PUNTO DE PARTIDA. Se tomó como punto de partida el No. 1 situado al NORO ESTE, donde concurren las colidantes de JOSE R. SANTAMARIA, JUAN DE VENGOECHEA Y LA PETICIONARIA, colinda así: NORESTE, con JUAN DE VEGOECHEA (Canal Parare en medio) en 378 metros del punto No. 1 al 11. Sur con JOSE MANUEL PAREJO (río Córdoba en medio) en 243 metros del punto No. 11 al 8. Oeste con ACUADELMA (canal Cantera en medio) en 208 metros del punto No. 8 a 4. NORESTE, con JOSE R. SANTAMARIA en 255 metros del punto No. 4 al No. 1 y encierra.

"ART. SEGUNDO.- La adjudicación está amparada por la presunción de derecho establecida en el artículo sexto de la Ley 97 de 1940 por cuanto se demostró que la adjudicataria viene explotando el predio desde hace 27 años.

ADJUDICACION DE UN PREDIO EXISTENTE.

"3. El predio LA TRANCA, de 3 hect., 9437 M2 adjudicado por el INCORA a EDIT MASI NUÑEZ no existe realmente, ni ha existido jamás, se tiene en cuenta, que por su ubicación, superficie, capacidad y linderos, debe y tiene que estar comprendido en el terreno de mis poderdantes, que toda la vida se ha llamado LA TOMA (nombre abreviado tomado por la constumbre del trato con la BOCA TOMA de Mamonal) y su adjudicación en esa forma, habiéndose practicado diligencia de inspección judicial en el predio de la adjudicación pretendida, sin que la familia Jimeno Ditta, su propietaria, se hubiese enterado de nada, ni la vecindad, siendo esta familia popularmente conocida en la región, se debió a que le adjudicador no practicó la REVISION PREVIA DE LA ADJUDICACION violando el art. 12 del Dto. 389 de 1974, que dispone tal REVISION, "con el fin de evitar que la adjudicación se haga a favor de solicitantes que no cumplan las exigencias de la ley o recaiga sobre terrenos ejidales reservados con destino específico o para comunidades o resguardos indígenas como reza textualmente dicha norma. Se violó tambiéen los art. 16 y 30 de la C.N., por cuanto, "las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y particulares...".

"SESENTA (60) AÑOS ATRAS DEJO DE SER BALDIO EL PREDIO ADJUDICADO.

"4. El causante, RAMON JIMENO SAMUDIO, adquirió la finca LA TOMA de su padre CAYETANO JIMENO LOPEZ, escritura pública de hijuela No. 184 de 1942, de la NOTARIA PRIMERA de Ciénaga, registrada el 16 de abril de 1941, libro 2o. tomo 1o. partida No. 65, fol. 281/2 y matrícula tomo 2o. de 1940. Cayetano Jimeno López, a su vez, adquirió la finca LA TOMA, escritura pública No. 283 de 24 de octubre de 1932, otorgada en la Notaría Primera de Santa Marta, títulos demostrativos de que el predio adjudicado dejó de ser baldío, más de sesenta años (60) atrás.

Las disposiciones violadas y el concepto de la violación, se enlistan y conciben bajo la siguiente óptica:

"Hemos señalado seguidamente de cada hecho de esta demanda las disposiciones legales infringidas con la resolución No. 0774 del Incora, Magdalena, y hemos anotado seguidamente también de cada hecho, la razón de causa de la violación, en cumplimiento del art. 84 del C.C.A.

"En nuestro concepto, unas y otras las disposiciones legales y los hechos infractores de las mismas, están íntimamente ligadas a la causa ilícita de la pretensa adjudicataria, EDIT MASSI NUÑEZ, y a la adjudicación por parte del Incora, de un predio que no era baldío ni del Estado, sino de propiedada privada, por los siguientes motivos. En el primer caso, la señora EDIT MASSI NUÑEZ procedió así, contra la ley y contra el derecho de dominio de mis poderdantes, paar conseguir su propòsito, como lo consiguió, haciéndose adjudicar del Incora, el predio, cambiándole el nombre de la TOMA por el LA TRANCA, afirmando falsamente que se trataba de un terreno baldió, a sabiendas de que no lo es, tratando de cambiar o desfiruar su identidad real y verdadera y aportando pruebas testimoniales igualmente falsa de la posesión del terreno en más de 27 años, sin reconocer el dominio de mis poderdantes, violando la ley y usurpando el derecho ajeno, maliciosamente y con mala fe sobrada. Y en el segundo caso, es ostensible por parte del adjudicador del Incora, que este funcionario se limitó a llenar en su escritorio el formulario de la Resolución que ellos reciben impresas y lista con vacíos para llenar al momento de ser expedidas, sin tomarse el trabajo de investigar y darse cuenta, en la región de Córdoba, por todos los medios que pone a su alcance el Decreto No. 389 de 1974, que él estaba obligado a cumplir y a hacer cumplir de los pretensos adjudicatarios, por su esencia fundamental en la materia, y se titula "por el cual se reglamenta el Capítulo VIII de la Ley 135 de 1961, con las modificaciones que le introdujo la ley 4a. de 1973 y se dicta el procedimiento para la adjudicación de baldíos. Y así se incurre en responsabilidad de estado por acción al decidir en estos casos".

Surtido regularmente el trámite de la instancia, el Tribunal profirió el fallo inhibitorio recurrido por hallar probada la excepción de ineptitud de la demanda, debido a la

indebida acumulación de pretensiones; para arribar a esa conclusión, hace las siguientes reflexiones:

> "Como se consignó líneas atrás, la presente demanda pide la Tribunal que previo el trámite correspondiente se pronuncie tal como se consigna a folios 4 y 5 del expediente, en la forma solicitada en los siete ordinales en ella contenidos. Y de la lectura de los anteriores se desprende claramente que se está demandando a un establecimiento público como lo es el "INCORA" y a una persona particular o privada como lo es la señora Edit Massi Núñez, quien ni aún dentro de la vigencia de las normas del Decreto 01 de 1984 o Nuevo Código Contencioso Administrativo podría ser sujeto pasivo o demandada en un proceso de tal naturaleza, por la sencilla razón de que de acuerdo con la norma del artículo 149 del C.C.A. en su primer inciso, para que una persona de derecho privado pueda comparecer en un proceso como demandada en necesario, indispensable e ineludible que ella cumpla funciones públicas, circunstancia ésta que no se da en manera alguna en el caso objeto de nuestro estudio.
>
> "Luego en el presente proceso surge manifiesta una acumulación indebida de pretensiones puesto que en una misma demanda se pide la condena para una persona de derecho público como lo es el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, contra quien no es viable sino una acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa, e igualmente se solicita también la condena contra la señora Edit Massi Núñez, persona de derecho privado y contra quien sólo es procedene una acción ante la jurisdicción ordinaria y no ante la especial o contencioso administrativa.
>
> "La indebida aculuación puesta de manifiesto evidencia la existencia de la excepción de ineptitud en la demanda, la cual es preciso declarar conforme al mandato del inciso segundo del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en su parte final y por oponerse a la prosperidad de la misma (fl. 143).

Inconforme con la decisión y estando en oportunidad legal, la señora apoderada judicial de la parte actora interpuso y sustentó el recurso de apelación que se desata. Luego de referirse a los antecedentes del proceso, el recurrente solicita revocar el fallo materia de la impugnación y en su lugar, acoger las súplicas del libelo demandatorio y con ese propósito formula estos planteamientos:

> "El acto que se acusa de nulidad ABSOLUTA, o sea, la adjudicación falsa que hace Incora con resolución No. 774 de 1983 a favor de Edit Massi Núñez, transfiriéndole derecho de dominio en TRES HECTAREAS (3H) NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE METROS CUADRADOS (9.437 M2) DE TERRENO RURAL de propiedad de mis demandantes como si fuera baldío, ubicado en la región de Córdoba, Municipio de Ciénaga, Magdalena, con todos sus linderos especificados, está INDIVIDUALIZADO CON TODA PRECISION Y LAS CONDENAS CONSECUENCIALES de la NULIDAD

ADSOLUTA DECLARADA que se solicitan también están ENUNCIADAS CLARA Y SEPARADAMENTE. Estamos pues dentro de las condiciones esenciales de esta norma Art. 138 del C.C.A. que regla la actuación de esta clase de demandas. De consiguiente no cabe calificar la acción incoada aquí como INEPTA DEMANDA.

"Y como el Honorable Tribunal Administrativo es competente para conocer de todas las pretensiones; como las pretensiones no se excluyen entre sí, ni se proponen como principales y subsidiarias; y como todas pueden tramitarse en el mismo proceso, esta demanda se ajusta a lo dispuesto en el art. 82 del Código de Procedimiento que regula la materia, y por tanto no existe ACUMULACION DE INDEBIDAS PRETENSIONES...".

".....

"El interés del *libelo* de demanda consiste en la nulidad absoluta de la Resolución No. 774 de septiembre 14 de 1983 proferida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- por la cual se adjudica ilegal e indebidamente un predio rural considerándolo baldío a tercera persona. La demanda debe prosperar porque va dirigida directamente contra una entidad de derecho público, es de cuantía mayor de quinientos mil pesos -$500.00.oo- y la competencia para conocer de ella la tiene la justicia de Contencioso Administrativa". (fl. d145 a 151).

En el término de los alegatos de conclusión, las partes mantuvieron silencio (fl. 156). Para la Doctora EDNE COHEN DAZA, Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, en su concepto la providencia de primer grado se debe confirmar en su integridad. Así se expresa la colaboradora fiscal:

"Estudiado el expediente, este despacho se permite observar lo siguiente:

"Las razones que expuso el Tribunal para declarar la ineptitud de la demanda son evidentes; pues en el presente caso se está demandando, por una parte el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA y por otra, a una persona natural de derecho privado como es la señora EDIT MASSI NUÑEZ.

"Pero eso no es todo, también las peticiones de la demanda resultan mal acumuladas, pues unas corresponde resolverlas a esta jurisdicción, mientras que otras sin lugar a dudas sólamente pueden ser formuladas ante la justicia ordinaria.

"En el folio 4 y 5 del expediente aparecen las peticiones; y sin lugar a dudas la mayor parte de esas solicitudes resultan extrañas en una acción de esta naturaleza. Así por ejemplo la indemnización que se pide por la servidumbre de tránsito que permitió establecer en el terreno la señora Mass Núñez y la solicitud de devolución de los $110.000.oo que dicha señora recibió por la venta de una parte del terreno adjudicado, con improcedentes ante esta jurisdicción y no pueden acumularse con las peticiones de nulidad del acto administrativo proferido por el INCORA.

"En el memorial de sustentación del recurso, visible al fl. 45 y ss no se encuentran razones valederas para revocar la sentencia, pues el mismo se reduce a transcribir apartes del *libelo* para concluir luego que la demanda no es inepta". (fl. 161 C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala no comparte las apreciaciones y conclusiones que tuvo en cuenta el Tribunal para declararse inhibido; por consiguiente, revocará la sentencia apelada y en su lugar se denegarán las súplicas de la demanda, pues, delanteramente se observa que existe en el proceso una falta de legitimación en la causa por activa.

En efecto:

Los demandantes en este proceso son RAMON VICENTE JIMENO DITTA, RAFAEL JIMENO DITTA, ELISA DITTA DE JIMENO, ELIZABETH JIMENO DE FERNANDEZ y ALBA JIMENO DITTA, quienes promueven la acción a nombre propio. (fl. 1 a 7 y 8 a 32, C.1).

Conforme al material probatorio allegado a los autos, el predio rural LA TOMA, del cual la parte actora afirma se deseglobó el lote materia de la adjudicación hecha por el INCORA, denominado LA TRANCA, aparece registrado, según el folio de matrícula inmobiliaria No. 222-0000335 como propiedad en común y proindiviso tanto de las cinco personas demandantes a título personal, como de ALFREDO RIASCOS LABARCES Y LEONOR TERESA LINERO ZOLANO...

Analizado en su alcance, el *petitum* de los ordinales 1o, 3o. y 5o. sólamente podía formularse en nombre o a favor de la comunidad a la cual petenece el predio. Las orientaciones de la jurisprudencia y la doctrina son claras al señalar que en casos como el presente para la prosperidad de sus súplicas la parte actora no puede pedir para sí sino que debe hacerlo para la comunidad, directriz plasmda, entre otros, en los fallos de marzo 3 de 1988 (expediente No. 5087); agosto 2 de 1990 (expediente No. 5354); septiembre 20 del mismo año (Expediente No. 3433) y de 17 de febrero de 1994, expediente no. 8542. Actor: PEDRO ANTONIO RIVERA MENDOZA Y OTRO), en el cual, con ponencia del Consejero Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, se expresa:

> "Sin duda, en el caso examinado la falta de legitimación de los demandantes es ostensible al reclamar, siendo comuneros, por el daño inferido a las unidades habitacionales y comerciales de las que se pretenden propietarios exclusivos, pero que jurídicamente constituyen una comunidad, por cuanto la condición de propietarios o poseedores se refiere es a la totalidad del edificio, en cuotas proindiviso, y no a cada apartamento o local indiviualmente considerados, en razón a que legalmente estas unidades individualmente son inexistentes y sólo pueden tomarse como partes indivisas de un bien o de mayor extensión respecto del cual lso demandantes son comuneros.

"En las anteriores condiciones encuentra la Sala que los actores carecen la legitimación para accionar como si fueran propietarios de los tres apartamentos y local afectados, por cuanto sólo probaron ser comuneros del edificio y su reclamación no acompasa con tal calidad dado que no demandan por la cuota parte de aquél, de la que legalmente son condueños, sino que erradamente lo hicieron sobre las unidades habitacionales individualmente consideradas.

"Este mismo criterio lo consignó la Sala en fallo de 22 de noviembre de 1993, expediente No. 8350, actor: Miguel Angel Contreras Sierra, del que fue ponente quien ahora proyecta esta providencia, y en la cual, en lo pertinente, se sostuvo:

"Con relación al predio de la calle 68 No. 38-26 de esta ciduad, advierte la Sala que dicho inmueble pertenece en común y proindiviso al demandante a Rosa Tulia Pulido Contreras, vale decir, que se está frente a una copropiedad, en la que el actor sólo es propietario de un derecho de cuota parte, razón que le impide pretender exclusivamente para él, reclamar la responsabilidad de administración y los reconocimientos indemnizatorios subsiguientes, por los daños causados al bien común. En las anteriores condiciones, como la demanda la formuló el copropietario para él y no para la comunidad como legalmente le correspondía surge una falta de legitimación en la causa por activa que conduce a una decisión desestimatoria de las pretensiones formuladas 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: **REVOCASE** la sentencia recurrida dictada por el Tribuanl de lo Contencioso Administrativo del Magdalena, el 22 de septiembre de 1987.

SEGUNDO: **DENIEGANSE** las súplicas de la demanda.

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

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido pueden consultarse las providencias de fechas 3 de marzo de 1988, Exp. 5987; agosto 2 de 1990, Exp. 5354; septiembre 20 de 1990, Exp. 3443, sobre el mismo tema y se reitera la fecha 17 de febrero de 1994, Exp. 8542, Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

CONCILIACION LESIVA/PERJUICIOS MATERIALES

El acuerdo a que llegaron las partes resulta realmente lesivo para los intereses de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA. Y se predica lo anterior, porque el caso *sub-exámine* no está probado el real ingreso mensual de la víctima.

CONCILIACION POR PERJUICIOS MATERIALES-Presupuestos

Una conciliación por PERJUICIOS MATERIALES debe estar montada, necesariamente, sobre los siguientes presupuestos: *Primero:* Salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un veinticinco por ciento (25%), como se pidió en la demanda. *Segundo:* De ese monto se debe descontar un veinticinco por ciento (25%) que es la suma que se considera que el finado dedicaba para atender a su congrua subsistencia. *Tercero:* El saldo se debe repartir en dos partes iguales. Una para la cónyuge sobreviviente, y la otra que legalmente le correspondería al hijo menor. Pero como éste no aparece demandado, el pago de perjuicios materiales, su cuota no puede incrementar la de la madre. *Cuarto:* En la liquidación se deben distinguir dos períodos así: a) El vencido o consolidado que corre desde la fecha del hecho dañoso y el momento en que se concrete la conciliación. b) El futuro, o anticipado, que va desde el día siguiente a aquel en que se concrete el arreglo y que va hasta la vida probable de occiso, que por tener mayor edad que su esposa, se considera moriría primero. *Quinto:* Se actualiza la condena, tal como fue pedido en la demanda, siguiendo para ello las pautas jurisprudenciales fijadas por la Corporación. *Sexto:* Como se trata de CONCILIAR, del

monto que resulte se debe hacer el descuento que acuerden las partes para que en puridad de verdad se de la figura jurídica anterior.

CONCILIACION PARCIAL-Improcedencia

A manera de pedagogía jurídica y judicial la Sala recomienda a los Tribunales no aceptar CONCILIACIONES PARCIALES, pues puede ocurrir que se llegue a un acuerdo sobre el monto de los PERJUICIOS MORALES, dejando para que la justicia contencioso administrativa defina sobre LOS MATERIALES. Este manejo genera el grave inconveniente de que al aceptar los primeros, se da por probada la falla del servicio, circunstancia que bien pude no patrocinar el *ad-quem.* Tampoco debe el Tribunal autorizar que se concilie sobre una parte de los perjuicios, dictando auto aprobatorio del acuerdo parcial, para luego reanudar la audiencia y conciliar sobre lo que quedó pendiente, dictando entonces otro auto aprobatorio, como ocurrió en el caso *sub-exámine.* La conciliación no se debe aprobar por partes, pues tiene un universo único.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 9090. Actor: Amparo Fontal de García y otros. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora contra los autos calendados el veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993) y el siete (7) de octubre del mismo año, en virtud de los cuales el *a-quo* no aprobó las conciliaciones que las partes acordaron, tanto por PERJUICIOS MORALES como por PERJUICIOS MATERIALES, por las razones que se recogen en los citados proveídos.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente de las citadas providencias, en las cuales se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

"AUTO DEL 29 DE SEPTIEMBRE DE 1993

"En la audiencia de conciliación celebrada en este proceso el 22 de septiembre de 1993, las partes conciliaron por el equivalente en pesos a cinco mil (5.000) gramos oro puro, según el precio de metal certificado por el Banco de la

República en la fecha de ejecutoria del auto que apruebe la conciliación parcial, los perjuicios morales sufridos por los demandantes a consecuencia de los hechos de que da cuenta la demanda.

"Analizando la conciliación parcial lograda entre las partes, considera la Sala que lesiona los intereses de la entidad demandada, habida consideración de que por tratarse de una conciliación judicial, lo conciliado debe estar en concordancia con el *petitum* de la demanda y dentro de un criterio de justicia respetar las normas y la jurisprudencia sobre la materia; y ocurre que, en la demanda a folio 35 del cuaderno No. 1 se solicita para *"la totalidad de los demandantes, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos de oro fino, al precio que se encuentre el metal en la fecha de la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República"*. Así las cosas el valor conciliado por equivalente en pesos a CINCO MIL (5.000) GRAMOS DE ORO PURO, por concepto de indemnización por los perjuicios morales sufridos por los demandantes, está muy por encima de lo pedido en la demanda, razón por la cual la Sala se abstiene de impartirle aprobación". (Folios 160 a 161 del cuaderno número 1).

"AUTO DEL 7 DE OCTUBRE DE 1993

"El 29 de septiembre del año en curso, continuando la audiencia de conciliación, iniciada el 22, las partes conciliaron por la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS ($46.379.250.oo) M/cte., los perjuicios materiales sufridos por la demandante AMPARO FONTAL DE GARCIA, en su calidad de esposa del fallecido MANUEL GARCIA FRANCO.

"Analizando la conciliación lograda por las partes en relación con los perjuicios materiales, sufridos por la cónyuge sobreviviente, en su modalidad de LUCRO CESANTE, correspondiente a los períodos vencido o consolidado y futuro o anticipado, considera la Sala que la misma lesiona los intereses de la entidad demandada, habida consideración de que por tratarse de una conciliación judicial, lo conciliado no sólo debe estar en concordancia con el *petitum* de la demanda, sino que dentro de un criterio de justicia debe respetar las normas y la jurisprudencia sobre la materia. Así las cosas, encuentra la Sala que en el hecho 12o. de la demanda visible a folio 44 del cuaderno No. 1, solicita el apoderado de los demandantes que: "En todo caso, al liquidarse (los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante) deberán actualizarse los ingresos, descontando el 25% para los gastos personales del fallecido y el 75% para la esposa legítima".

"Para casos como el que ocupa la atención de la Sala, consideran tanto la doctrina como la jurisprudencia del Consejo de Estado que: 1. Una indemnización por

LUCRO CESANTE, abarca todo lo que se espera tener, pero *"partiendo de la base insustituible de lo que ciertamente se tuvo"*; 2. Un trabajador destina el 25% de su salario para sus propios gastos personales, 25% para sufragar los gastos de su esposa o compañera y el 50% restante para el sostenimiento de sus hijos; en otras palabras, para que una esposa pueda obtener una indemnización por lucro cesante debe probar no sólo el hecho del matrimonio, su edad la de su esposo fallecido, calcular su supervivencia y la expectativa de vida de su esposo, sino el monto de los ingresos que su esposo dedicaba para sufragarle sus gastos; si no logra probar tales hechos, entran a jugar las presunciones jurisprudenciales, señaladas antes.

"Al momento de analizar el monto de la indemnización por lucro cesante solicitada, es apenas lógico que las partes, demandante y demandada, deben hacer un cálculo lo más aproximado posible, con base no sólo en el *petitum*, sino en las pruebas allegadas al proceso, porque si bien en una conciliación prejudicial no hay análisis probatorio alguno, es imposible en una *conciliación judicial* sustraerse a lo probado. Así se debe acceder al 75% solicitado, si de alguna manera algo se probó en dicho sentido, de lo contrario el monto máximo será de un 25%, que es lo presumido jurisprudencialmente y como quiera que la Sala considera que la suma conciliada por perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante lesiona los intereses de la entidad demandada, se abstiene de impartirle aprobación" (folios 175 a 177 del cuaderno número 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folio 165 y siguientes del cuaderno número 1, obra el escrito en el cual el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"La audiencia de conciliación no fue aprobada por lesionar los intereses de la Nación, argumentando que "lo conciliado debe estar en concordancia con el *petitum* de la demanda y dentro de un criterio de justicia respetar las normas y la jurisprudencia sobre la materia"; argumenta la Corporación que uno de sus apartes la indemnización fue solicitada en los siguientes términos: "Se debe a la totalidad de los demandantes... el equivalente en pesos a un mil gramos oro fino, al precio que se encuentre el metal en la fecha de la ejecutoria de la sentencia..."

"En estas condiciones, concluye la Sala que los cinco mil gramos de oro acordado en la audiencia de conciliación, están por encima de lo deprecado.

III. DISCUSION

"En criterio del suscrito apoderado y atendiendo numerosa jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, el auto carece de fundamento por lo siguiente:

"1o. La demanda fue presentada en representación de la Señora AMPARO FONTAL DE GARCIA (esposa), OSCAR ALBERTO, YONEVER y WILBER GARCÍA FONTAL (hijos), MARIA LILIA, BLANCA LILIA, NIDIA, JOSE ROOSEVELT y FAUVBER GARCIA FRANCO (hermanos).

"2o. En realidad, en el capítulo I "DECLARACIONES Y CONDENAS" se lee el aparte transcrito parcialmente en el auto que es motivo del recurso de alzada, pero su transcripción revela que no se tuvo en cuenta el *plenum* de la demanda, que ya ha dicho en muchas oportunidades el H. Consejo de Estado, debe revisarse en su integridad, para interpretarla.

"Se dice lo anterior por cuanto en la parte relativa a la estimación razonada de la cuantía capítulo VII, se lee:

"En lo relativo a daños y perjuicios morales, TODAS las indemnizaciones SON IGUALES, razón por la cual puede tomarse CUALQUIERA DE ELLAS, teniendo un costo de OCHO MILLONES DE PESOS ($8.000.000.oo) aproximadamente un mil gramos oro".

"En este orden de ideas, no podía tomarse por separado el texto inicial del capítulo I "DECLARACIONES Y CONDENAS", haciendo abstracción de lo consignado en el capítulo VII, que es precisamente la estimación razonada de la cuantía y en donde se discurre acerca de tema tan importante para establecer entre otras, la competencia.

"3o. Si la Honorable Corporación hubiese analizado en forma integral la demanda, habría entendido el *petitum*" (folios 165 a 168 del cuaderno número 1).

El apoderado de la parte actora, al sustentar el recurso contra el auto que no aprobó la CONCILIACIÓN POR PERJUICIOS MATERIALES, destaca:

"1o. Lo conciliado está en concordancia con lo pedido en la demanda, siendo inexacto que la jurisprudencia haya otorgado en forma reiterada, como lo afirma el auto, sólo un 25% de los ingresos de la víctima. Lo que se ha dicho es que se descuenta ese porcentaje del total para dividir el 75% restante entre la esposa y los hijos, tomándolo como dos (2) cuotas iguales.

"2o. La liquidación a la que accedió la actora, proviene de la liquidación que efectuará no sólo el apoderado de la Nación Colombiana, sino el Comité de Conciliación en el Miniterio de Defensa Nacional, razón por la cual es altamente fiable tal monto.

"3o. No puede pretender el Tribunal de instancia ordenar indemnización para los hijos, cuando en la demanda no fueron solicitados, entre otras cosas, porque todos a excepción de uno son mayores de edad.

"4o. Decir que no existen bases para la liquidación obedece a la realidad, porque con el escrito de la demanda se acompañaron los registros civiles de nacimiento de la víctima y de la Señora AMPARO FONTAL que fijaría hasta qué fecha debe ser indemnizada quien figura como lesionada en este proceso. Además, la copia de la declaración de renta, que prueba por sí sóla y las declaraciones dan cuenta de los ingresos del fallecido, luego no es entendible a qué otras bases se refiere el Honorable Tribunal, como las necesarias para la liquidación.

"5o. Finalmente, si el Honorable Magistrado director de la audiencia de conciliación consideraba que los intervinientes no obraban dentro de pautas precisas, pudo como supremo director del debate proponer fórmulas en aras de una decisión justa, tal como lo hace el Honorable Consejo de Estado en las numerosas audiencias en que ha podido intervenir el suscrito apoderado. La intervención del juez no puede ser pasiva, pues para ello está revestido de los más diversos poderes que van desde la dirección del debate hasta los coactivos. La audiencia fue lo suficientemente seria, hasta el extremo que fue aplazada en aras de un acuerdo que consultara los intereses de la actora y, por supuesto los de la Nación Colombiana.

"De haberse percatado la Magistratura que las partes caminaban desfasadas por el debate, no debió suspenderse la primera audiencia, sino haber propuesto una solución intermedio o clausurar el debate en aras de la economía procesal.

"PETICION

"Que se revoque el auto, para que al revisarlo el *ad-quem* si encuentra ajustada la conciliación la apruebe e inclusive que en aras de la seriedad que siempre ha caracterizado al suscrito apoderado y atendidas las bases expuestas por el apoderado de la Nación, se accederá a la liquidación que haga nuestro Colegio Mayor, sino supera la cantidad propuesta por la demandada" (folios 180 a 183 del cuaderno número 1).

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La Sala confirmará el proveído calendado el día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), en virtud del cual el *a-quo* no aprobó la conciliación por PERJUICIOS MORALES, pero por razones distintas a las expuestas por el Tribunal.

Es verdad que el *"petitum"* el apoderado de la parte demandante concretó su pretensión dentro del siguiente marco: "Se debe a la totalidad de los demandantes, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, el equivalente en

pesos a un mil (1.000) gramos oro fino ...", con lo cual pareciera desprenderse que limitó el monto de la condena a la citada cantidad de oro, para todos los accionantes. Pero si se lee parte de la demanda, que se recoge bajo el rubro "CAPITULO VII. ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTIA" se vivencia que la aspiración de cada uno de sus poderdantes es por mil (1.000) gramos de oro. Por ello allí se lee: "En lo relativo a daños y perjuicios morales, todas las indemnizaciones son iguales, razón por la cual puede tomarse cualquiera de ellas, teniendo un costo de OCHO MILLONES DE PESOS ($8.000.000.oo) aproximadamente un mil (1.000) gramos oro".

En casos como el presente se impone que el sentenciador aprecie la demanda, en todo el universo que ella tiene, pues de lo contrario se corre el riesgo de sacrifica el derecho.

No obstante la realidad anterior se confirmará la decisión del tribunal, pues la Sala no acepta conciliaciones parciales, por las razones que más adelante se expondrán.

Por lo que hace relación con la CONCILIACION POR PERJUICIOS MATERIALES, la Sala confirmará la decisión del tribunal de instancia, pues el acuerdo a que llegaron las partes resulta realmente lesivo para los intereses de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA. Y se predica lo anterior, porque en el caso *sub-exámine* no está probado el real ingreso mensual de la víctima. Lo expuesto por los deponentes, Señores JESUS ADIEL CORTINAS, ALFONSO BUITRAGO GRAJALES y DIEGO HERNANDEZ, sobre el particular, no tiene fuerza de convicción, pues el primero habla de unos ingresos mensuales que oscilan entre setecientos mil y ochochientos mil pesos mensuales. El segundo fija tal suma en cinco millones ($5.000.000.oo), también al mes, y el último trae una cantidad mensual que va de ochocientos mil ($800.000.oo) a un millón ($1.000.000.oo). Así las cosas, ninguno de los declarantes deja en el sentenciador una certeza sobre la materia, que le permita fijar la condena por PERJUICIOS MATERIALES, con base en tales disposiciones.

Por lo que hace relación con la declaración de renta, correspondiente al año de 1991 (cuaderno número 2, folio 17), ella tampoco suministra bases ciertas para fijar el ingreso mensual, pues carece de soportes. Del total declarado por concepto de RENTA LIQUIDA, que monta en seis millones ochocientos mil pesos ($6.800.000.oo), resulta imposible concluir nada sobre ingresos de trabajo, entre otras cosas, porque bajo el rubro "SALARIOS Y DEMAS INGRESOS LABORALES" sólo se infiere que el occiso no declaró suma alguna por el citado año.

Una conciliación por PERJUICIOS MATERIALES debe estar montada, necesariamente, sobre los siguientes presupuestos:

Primero.- Salario mínimo legal mensual vigente para el año de 1992, incrementado en un veinticinco por ciento (25%), como se pidió en la demanda.

Segundo.- De ese monto se debe descontar un veinticinco por ciento (25%) que es la suma que se considera que el finado dedicaba para atender a su congrua subsistencia.

Tercero.- El saldo se debe repartir en dos partes iguales. Una para la cónyuge sobreviviente, señora AMPARO FONTAL DE GARCIA y la otra que legalmente le correspondería al hijo menor OSCAR ALBERTO GARCIA FONTAL. Pero como este no aparece demandado el pago de perjuicios materiales, su cuota no puede incrementar la de la madre.

Cuarto.- En la liquidación se deben distinguir dos períodos así: a) El vencido o consolidado que corre desde el ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992) y el momento en que se concrete la conciliación. b) El futuro, o anticipado, que va desde el día siguiente a aquel en que se concrete el arreglo y que va hasta la vida probable del occiso, que por tener mayor edad que su esposa, se considera que moriría primero.

Quinto.- Se actualiza la condena, tal como fue pedido en la demanda, siguiendo para ello las pautas jurisprudenciales fijadas por la Corporación.

Sexto.- Como se trata de CONCILIAR, del monto que resulte se debe hacer el descuento que acuerden las partes para que en puridad de verdad se de la figura jurídica anterior.

Un proyecto de conciliación, sobre perjuicios materiales, que no obliga a las partes pero que sirve de criterio de orientación para el acuerdo, podría ser el siguiente:

- Salario mínimo 1992 $65.190.oo
- Prestaciones sociales +25% $81.487.50
- Gastos propia subsistencia -25% $61.115.63

Se actualiza:

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

$$Ra = \$61.115.63 \ \frac{324.84}{256.25}$$

Ra = $77.474.34

Ra = $38.737.17 (para la esposa)

Se calculan dos períodos:

A) VENCIDO, CAUSADO O CONSOLIDADO: Se obtiene aplicando la fórmula

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

$$S = \$38.737.17 \frac{(1 + 0.004867)^{16.74} - 1}{0.004867}$$

S = $673.902.39

B) FUTURO O ANTICIPADO.

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

$$S = 438.737.17 \frac{(1 + 0.004867)^{345.84} - 1}{i (1 + i)^{345.84}}$$

$$S = \$38.737.17 \frac{4.360838755}{0.026091202}$$

S = $6.474.464.15

Total: $7.148.366.54

B) A manera de pedagogía jurídica y judicial la Sala recomienda a los Tribunales no aceptar CONCILIACIONES PARCIALES, pues puede ocurrir que se llegue a un acuerdo sobre el monto de los PERJUICIOS MORALES, dejando para que la justicia contencioso administrativa defina sobre LOS MATERIALES. Este manejo genera el grave inconveniente de que al aceptar los primeros, se da por probada la falla del servicio, circunstancia que bien puede no patrocinar el *ad-quem*. Tampoco debe el Tribunal autorizar que se concilie sobre una parte de los perjuicios, dictando auto aprobatorio del acuerdo parcial, para luego reanudar la audiencia y conciliar sobre lo que quedó pendiente, dictando entonces otro auto aprobatorio, como ocurrió en el caso *sub-exámine*. La conciliación no se debe aprobar por partes, pues tiene un universo único.

C) La Sala desea dejar en claro que la conciliación puede llevarse a cabo, nuevamente, dentro de los parámetros que se dejan precisados.

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

RESUELVE:

1o. CONFIRMASE el auto calendado el día veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del proceso del rubro, en virtud del cual decidió no aprobar la conciliación que hicieron las partes por PERJUICIOS MORALES.

2o. Confírmase el auto calendado el día siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del proceso del rubro, en virtud del cual decidió NO APROBAR la conciliación que hicieran las partes por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

3o. Ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL/ACTO ILICITO- Víctima/**DERECHO A LA VIDA**-Delincuente

Fracasado el intento de asalto a la oficina de la Compañía Colombiana de Tabaco, gracias a la casual pero oportuna presencia de los uniformados, los asaltantes trataron de escapar por distintas direcciones y utilizando diversas maneras. Fue así como los agentes del orden lograron la captura de los implicados, en tanto que, Marco Tulio Riascos y otros fueron ultimados por los uniformados, en una actuación que en criterio de la Sala fue precipitada, innecearia y desproporcionada, pues así se encontraron armados, lo cierto es que el número de efectivos policiales era más que suficiente para por lo menos pretender o exigir su entrega, o para, llegado el caso, actuar con mayor decisión y energía, utilizando las armas si fuera necesario, desde luego, que tras agotar los medios indispensables, de tal forma que sólo en caso extremo se utilizaran las armas de fuego, y aún utilizándolas, se debía procurar causar el menor daño posible a los derechos e integridad personal del afectado. No fue así, sin embargo, como actuó la policía y sí, por el contrario, desplegó la fuerza que tenía a su disposición no tanto para capturar a los dos sujetos que se encontraban en el inmueble, como para lograr sus muertes. No entiende la Sala por qué la fuerza pública no actuó con suficiente ponderación y prudencia, frente a los individuos fallecidos, con un mayor respeto para con sus vidas, cuyo derecho se constituye quizás en el más importante del ser humano, el cual por mandato constitucional a las autoridades les obliga su protección, hasta el punto de que el incumplimiento de esa obligación viene a configurar la falla del servicio, la

que integrada con el daño que produjo el deceso violento de Riascos Gordillo, y la relación causal entre éste y aquélla, permiten determinar la responsabilidad extracontractual del ente oficial demandado.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL/CULPA DE LA VICTIMA

Ahora bien, si la Sala censura la actuación de los uniformados al ocasionarle la muerte a los frustados asaltantes, así mismo debe reconocer que a su vez fue el comportamiento imprudente e ilegítimo de éstos el que colaboró para obtener el trágico resultado. La culpa de la víctima si bien no constituye la causa única de su fallecimiento, sí lo fue en gran parte decisiva, es decir, que se presenta en el *sub-júdice* una situación de culpa compartida entre la fuerza pública causante del daño y la víctima del mismo, la que, si de una parte no exonera de responsabilidad, de otra, en cambio, sí la atenúa por cuanto aquélla se expuso al daño imprudentemente, en los términos del artículo 2357 del C.C. Frente a tal ocurrencia al juzgador puede dentro de una prudente y razonable discrecionalidad tasar el monto de los perjuicios, como en efecto lo hizo el *a-quo*, en cuantificación que la Sala comparte íntegramente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8530. Actor Maclovio Riascos Torres y otros. Demandada: La Nación - Mindefensa - Policía Nacional.

Decide la Sala al recurso de apelación interpuesto por las partes y el Ministerio Público, contra la sentencia de 2 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1o. Declárase administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, de la muerte del señor Marco Tulio Riascos acaecida el día 14 de octubre de 1988 en el casco urbano de la ciudad de Popayán.

"2o. Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa- Policía Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales a ANA MARIA GORDILLO y MACLOVIO RIASCOS (padres de la víctima) el equivalente a 500 gramos de oro fino para cada uno. A MARCO TULIO RIASCOS GORDILLO, MARIA CRISTINA, RODOLFO, HAROLD, MACLOVIO y CELMIRA el equivalente a 200 gramos de oro fino para cada uno. Para MARIA DOLLY MUÑOZ DE RIASCOS (cónyuge de la víctima), PAOLA ANDREA y DAVID STIVED RIASCOS MUÑOZ, el equivalente a 500 gramos de oro fino para cada uno.

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

"4o. Dése cumplimiento a la presente providencia en los término de lo dispuesto en el artículo 176 y 177 del C.C.A.

"5o. Consúltese si no fuere apelada.

"6o. Envíese copia de la presente providencia al señor Director General de la Policía Nacional, señor Ministro de Defensa, Ministro de Hacienda y el señor Procurador Judicial de asuntos administrativos de la Corporación".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. La demanda.

Los señores Maclovio Riascos Torres y Ana María Gordillo de Riascos; María Cristina, Rodolfo, Harold, Maclovio y Celmira Riascos Gordillo, integrantes de un primer grupo familiar; María Dolly Muñoz de Riascos en su nombre y en representación de sus hijos menores de edad Paola Andrea y Stived David Riascos Muñoz, de un segundo grupo familiar; Deyanira Pinzón y su menor hija Luz Angela Riascos Pinzón, componentes de un tercer grupo familiar, en ejercicio de la acción de reparación directa y por conductor de apoderado, formularon demada el 4 de septiembre de 1990 ante el Tribunal Administrativo del Cauca, contra la Nación -Ministerio de Defensa Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA - Policía Nacional), es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales, ocasionados a Maclovio Riascos Torres y a su esposa Ana María Gordillo de Riascos, y a sus hijos María Cristina, Rodolfo, Harold, Maclovio y Celmira Riascos Gordillo, integrantes del primer Grupo Familiar; a MARIA DOLLY MUÑOZ DE RIASCOS y a sus hijos menores de edad PAOLA ANDREA y DAVID STIVED RIASCOS MUÑOZ, integrantes del segundo Grupo Familiar; y a DEYANIRA PINZON y a su hija menor de edad LUZ ANGELA RIASCOS PINZON, integrantes del tercer grupo familiar, con la muerte violenta de que fue víctima el señor MARCO TULIO RIASCOS, hijo de los dos primeros y hermano de los restantes integrantes del primer Grupo Familiar; esposo de la señora MARIA DOLLY MUÑOZ DE RIASCOS y padre de los hijos de ésta; y compañero que fuera de la señora DEYANIRA PINZON y padre de su hija, en hechos sucedidos el día 14 de octubre de 1988 en el casco urbano de la ciudad de Popayán, los cuales fueron protagonizados por miembros de la Policía Nacional, en una evidente falla en el servicio. Y también por la apropiación indebida de joyas y dineros por valor de un millón de pesos ($1.000.000.oo) por parte de los uniformados.

"SEGUNDA.- CONDENASE A LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA - Policía Nacional), a pagar a los esposos MACLOVIO RIASCOS TORRES y ANA MARIA GORDILLO DE TORRES, y a sus hijos MARIA CRISTINA, RODOLFO,

HAROLD, MACLOVIO y CELMIRA RIASCOS GORDILLO (1er. grupo familiar); a MARIA DOLLY MUÑOZ DE RIASCOS y a sus hijos menores de edad PAOLA ANDREA y DAVID STIVED RIASCOS MUÑOZ (2o. grupo familiar); y a DEYANIRA PINZON y a su hija menor de edad LUZ ANGELA RIASCOS PINZON (3er. grupo familiar), por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se le ocasionaron con la muerte de MARCO TULIO RIASCOS GORDILLO conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) Veinte millones de pesos ($20.000.000.oo) por concepto de lucro cesante, para cada uno de los tres grupos familiares, correspondientes a las sumas que MARCO TULIO RIASCOS GORDILLO, el occiso, dejó de producir en razón de su muerte violenta, prematura e injusta y por todo el resto posible de vida que le quedaba, en la actividad económica a que se dedicaba (laboratorista odontólogo), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (29 años), y a la Esperanza de Vida calculada conforme a las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

"b) Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, por concepto de gastos en funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado y, en fin, todos los gastos que se sobrevinieron con la muerte de MARCO TULIO RIASCOS, conforme a lo que se demostrase en el proceso o en aplicación subsidiaria del artículo 107 del C. Penal, y por la pérdida de joyas y dinero por valor de $1.000.000.oo.

"c) El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales o *"pretium doloris"*, consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del artículo 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, un compañero y un padre.

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

TERCERA.- LA NACION dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria".

2o. Los hechos.

1. Se relata en la demanda que Maclovio Riascos Torres y Ana María Gordillo contrajeron matrimonio y procrearon a Marco Tulio, María Cristina, Rodolfo, Harold, Maclovio y Celmira Riascos Gordillo. Así mismo, Marco Tulio Riascos Gordillo contrajo matrimonio con María Dolly Muñoz del cual nacieron Paola Andrea y Stived David Riascos Muñoz. Marco Tulio Riascos sostuvo relaciones extramatrimoniales con Deyanira Pinzón, de las cuales nació la niña Luz Angela Riascos Pinzón.

2. Marco Tulio Riascos desarrollaba actividades odontológicas y de comercio, por las que recibía $200.000.oo mensuales aproximadamente, con los cuales, hasta su muerte, atendía a su propia subsistencia, la de su esposa e hijos, así como para la hija habida por fuera del matrimonio.

3. El 14 de octubre de 1988, Marco Tulio Riascos salió de su casa en Popayán, hacia un almacén de artículos odontológicos para adquirir materias primas con destino al laboratorio que tenía con su esposa. Llevaba dinero en efectivo ($100.000.oo) para las compras y unas joyas valoradas en $700.000.oo. Cuando transitaba por la calle 5a. con carrera 13, se presentó un abaleo al parecer como consecuencia de un atraco, ante lo cual intervinieron tres agentes de la Policía Nacional, uno de los cuales inmotivadamente disparó contra Riascos quien cayó muerto sobre el andén, y enseguida fue arrastrado por los policías al interior de la residencia No. 12-44 de la calle 5a. cuya puerta estaba abierta. Posteriormente informaron que Riascos había sido dado de baja en el interior de la habitación al enfrentarse a la fuerza pública. Tal versión se dice en la demanda que la urdieron los policías para evadir responsabilidades penales por el error cometido. Al sacar el cadáver curiosamente no se le encontraron ni las joyas, ni el dinero en efectivo que portaba al ser introducido ya muerto a la residencia mencionada, de donde se deducen los actores que los agentes de la Policía Nacional Rodrigo Ledesma Astudillo, José Lavao Fierro, Guillermo Moreno Salinas, Jair Bonilla Montoya y Ricardo Salazar Urrea, fueron los autores del hurto. Su comportamiento lo consideran como una grave falla del servicio, al ocasionar la muerte de un ciudadano honesto.

3o. Actuación procesal.

La Nación - Policía Nacional, por conducto de apoderado dio respuesta a la demanda, sin hacer alusión alguna a los hechos de la misma, limitándose a expresar que las razones de la defensa "las esbozaré en el Alegato de Conclusión al valorar la prueba que se allegue al proceso", y en cuanto a las pruebas, manifestó "que me allano a la práctica de pruebas solicitadas por la parte actora".

Agotado el período probatorio, se les brindó a las partes la oportunidad para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto de fondo. La demanda presentó alegato de fondo para impetrar una decisión adversa a las súplicas de la demanda dado que del material probatorio recaudado se concluye que fue el occiso quien protagonizó los hechos, cuando acompañado por otras personas penetró en las instalaciones de la Compañía Colombiana de Tabaco a sustraer bienes de dicha entidad, objetivo que no alcanzó por la intervención de los agentes de la Policía Nacional. En tales condiciones, por romperse el nexo causal, no aparece administrativamente comprometido la institución policial.

El Procurador Judicial en Asuntos Administrativos conceptuó desfavorablemente a las pretensiones de los demandantes, por considerar que la prueba testimonial recaudada en el proceso penal, así se tome como prueba indiciaria, permite entender que los

agentes de la policía se vieron en la necesidad de disparar sus armas de dotación oficial contra Marco Tulio Riascos, quien con un revólver de su propiedad trataba de proteger su huida.

4o. La sentencia apelada.

Consideró el Tribunal que las dos personas que resultaron muertas habían sido protagonistas de los hechos sucedidos en la Compañía Colombiana de Tabaco, quienes al verse perseguidos por la fuerza pública, penetraron a la casa de la calle 5a. No. 12-44 y fueron muertos por la policía. El occiso Marco Tulio Riascos cargaba un revólver de su propiedad y su muerte se produjo dentro de la casa. Quedó así sin fundamento lo expresado en la demanda.

Sin embargo, consideró el Tribunal, que como los agentes de la Policía Nacional no se encontraban en peligro inminente por la cantidad numérica y la ubicación estratégica para desarrollar el operativo, bien ha podido culminar éste con la entrega de los cuatro delincuentes. Hubo entonces exceso en el cumplimiento del deber que culminó con el daño a la vida de personas "que así estuvieran por fuera de la ley, tiene el derecho inalienable a la vida". Considera sin embargo el *a-quo* que "bien puede hablarse de culpa compartida de la víctima, que al ponerse fuera de la ley... se expusieron a un riesgo voluntario, que de alguna manera justifica en parte la acción de las autoridades, sin que pueda eximirse de la totalidad de responsabilidad...

Por concepto de perjuicios materiales el Tribunal negó tal reconocimiento por cuanto las víctimas murieron dedicados a una actividad ilícita. Por perjuicios morales reconoció el equivalente en pesos a 500 gramos para cada uno de los progenitores del occiso, para su esposa y sus dos hijos. A los hermanos les fueron reconocidos 200 gramos de oro para cada uno. A la menor y pretendida hija extramatrimonial Luz Angela Riascos, le fue denegado el reconocimiento de perjuicios morales por deficiencias probatorias de su condición de hija de la víctima.

5o. Razones de la apelación.

La apoderada de la Policía Nacional solicita la revocatoria de la sentencia "al encontrarse desvirtuada la falla en el servicio, pues los agentes de la Policía se vieron obligados a disparar contra una persona que no era un simple ciudadano pacífico, indefenso, sino un eslabón del engranaje y aparato delincuencial que está azotando al país".

El Ministerio Público que había apelado de la sentencia de primera instancia, desiste ante la Sala del recurso interpuesto, "habida cuenta de que al analizar nuevamente las pruebas allegadas al proceso... efectivamente, como lo anota el *a-quo* en el fallo, no aparece clara la actuación de los uniformados que dieron de baja a MARCO TULIO RIASCOS".

La parte actora apeló de la sentencia para que se reconozca el equivalente en pesos a 1000 gramos de oro para cada uno de los padres, la esposa y los hijos del occiso, y

de 500 gramos para cada uno de sus hermanos. Igualmente para que se reconozca como damnificada en su condición de hija extramatrimonial del occiso a la menor Luz Angela Riascos Pinzón, cuya copia del Folio de registro civil de nacimiento se aportó en la segunda instancia. Por último pretende el reconocimiento de perjuicios materiales por lucro cesante en favor de la cónyuge *superstite* y los hijos del occiso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que el desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia por el Procurador Judicial 39 en Asuntos Administrativos resulta improcedente, por cuanto el Funcionario aludido carece de atribuciones para ejercer sus funciones ante el Consejo de Estado. Para tal fin se encuentran asignados en las distintas Secciones de esta Corporación los respectivos Procuradores Delegados, funcionarios éstos a quienes compete representar al Ministerio Público ante la correspondiente sala o sección. Hay lugar en tales condiciones al rechazo del recurso por su improcedencia.

Ahora bien, sin duda la situación que en este proceso se presenta, desde el punto de vista probatorio no tiene una orientación definida dado que las declaraciones recaudadas no son lo suficientemente claras y precisas en el señalamiento de las circunstancias en las cuales se desarrollaron los hechos. Es así como la parte actora presenta al occiso en el papel de víctima desprevenida del actuar policivo, en una situación a la que era completamente ajeno. La demandada, por el contrario, muestra a la víctima como partícipe del frustado asalto a la firma Coltabaco, y su muerte la atribuye al comportamiento defensivo de los agentes de la Policía Nacional cuando aquél pretendía huir de la fuerza pública, a la que se enfrentó con el revólver de su propiedad.

Estima la Sala que en primer término se debe establecer si Marco Tulio Riascos Gordillo era integrante o no del grupo de delincuentes que intentó asaltar a la compañía Coltabaco en la ciudad de Popayán. Al respecto merecen credibilidad los testimonios de quienes presenciaron el frustrado asalto y posteriormente vieron a los muertos, identificándolos como partícipes en el intento delictivo. Si bien es cierto que la mayoría de estos testimonios se encuentran en el proceso penal y al trasladarse al contencioso administrativo no fueron ratificados, la Sala los tendrá por lo menos como indicios para la demostración pretendida. Es el caso del vigilante Eliécer Garcés, quien después de observar a los dos muertos, al responder una pregunta del investigador, manifestó: "Sí yo los ví y sí me dí cuenta que **eran los mismos que momentos antes penetraron a la compañía de Tabacos y los mismos que huyeron por el techo**" (folio 94 C.2). El testigo Cristian Méndez Astudillo, cuya declaración sí fue ratificada, respondió a la pregunta de la Magistrada: "Pues ahorita realmente no recuerdo qué contesté en ese tiempo, pero **yo creo que sí que ellos eran por lo que los había visto anteriormente en la Compañía y eran los que estaban atracando**" (folio 186 C.1). El dueño de la casa donde fueron abatidos los asaltantes que huían de la autoridad, de nombre Fulvio Montoya, relata ante el Juez 62 de Instrucción Penal Militar, que había oído unos

pasos y salió a buscar ayuda, se encontró con los policías y les informó que en la casa se hallaban personas extrañas robando, ante lo cual los agentes penetraron "y se encontraton con aquellos individuos, de inmediato yo me salí a la calle cuando escuchamos la balacera, al momentico después de haber pasado todo, entré a la casa nuevamente y encontramos los dos muertos, uno en la sala y otro en el baño de la casa... al momentico entonces **me dí cuenta que eran unos atracadores, eran quienes momentos antes habían atracado a la oficina de Coltabaco...**" (folio 83). Por su parte, el presencial del asalto a Coltabaco, Fernando Maya Blum, declaró ante el Juez de Instrucción Pena Militar: "Hombre, **tuve ocasión de ver a los dos sujetos muertos** por la Policía, y a pesar del corto tiempo que estuvieron frente a mí y dadas las circunstancias en que murieron, armados y perseguidos, **puedo decir que sí eran los que se presentaron a la oficina intentando asaltarla...**" (folio 74).

Aparte de los testimonios anteriores, especialmente el de Cristian Méndez, respaldado en lo fundamental con las declaraciones rendidas ante la justicia penal militar por quienes de una u otras forma fueron testigos de lo sucedido, así no fueran ratificadas en este proceso, pero por lo menos sí conocidas por las partes, las que se tomarán, como se advirtió, a manera de indicios, conviene resaltar también la diligencia de levatamiento del cadáver, de la cual se deduce que Marco Tulio Riascos al morir portaba el revólver "Llama", Calibre 38 Largo, con cuatro proyectiles y dos vainillas disparadas y se le encontraron en el bolsillo del pantalón seis proyectiles más. Se dejó constancia que "en la puerta del armario existe un foramen ocasionado al parecer por proyectil de arma de fuego" y que el occiso, según informe de quienes estuvieron en la diligencia: "penetró violentamente a la residencia cuando era perseguido por la policía" (folio 70 V).

Las anteriores consideraciones permiten desestimar los planteamientos expresados en la demanda en cuanto pretender mostrar a Riascos Gordillo, de una parte, ajeno al frustrado asalto a Coltabaco, y, de otra, víctima inocente de un miembro de la Policía Nacional. La sola circunstancia de quedar su cadáver en el interior del referido inmueble permite deducir que el occiso había entrado a la casa, que estaba en la pieza donde falleció y lo corrobora el hecho de que en un armario que se hallaba en ese lugar de la casa se encontrara un foramen o agujero causado por un proyectil, lo cual indica que hacia ese lugar, es decir, hacia adentro se habían hecho disparos. Dicho de otra forma: al occiso se le disparó cuando se hallaba en el lugar del armario y no cuando desprevenidamente caminaba con los amigos, que se presentan como sus acompañantes al momento de su muerte.

Las versiones que en tal sentido rindieron Neftalí Canabal Luna, de profesión carnicero, Luis Eduardo Devia, tapicero, y Dioscorides Díaz Leytom, baldosero, no son de recibo para la Sala, no sólo porque otros elementos de convicción los contradicen, sino porque inclusive entre ellos mismos se presentaron diferencias y contradicciones que francamente menguan su credibilidad, como además también lo destaca el *a-quo* en la sentencia cuestionada.

Pero si los occisos fallecieron como consecuencia de la actividad ilícita que pretendían ejecutar, esa sola circunstancia por sí sola no excluye la posibilidad de un equivocado o irregular comportamiento de los miembros de la Policía Nacional. Perfectamente podían coexistir en forma simultánea las dos situaciones: la una, la eliminación de los agentes delictivos y, la otra, que tal comportamiento tipifique una falla del servicio que permita configurar la responsabilidad estatal por la muerte de Riascos Gordillo.

Fracasado el intento de asalto a la oficina de la Compañía Colombiana de Tabaco, gracias a la casual pero oportuna presencia de los uniformados, los asaltantes trataron de escapar por distintas direcciones y utilizando diversas maneras. Fue así como los agentes del orden lograron la captura de Gustavo Vargas y Jorge René Hoyos, en tanto que, Marco Tulio Riascos e Iván Castro o Diego María Martínez fueron ultimados por los uniformados, en una actuación que en criterio de la Sala fue precipitada, innecesaria y desproporcionada, pues así se encontraran armados, lo cierto es que el número de efectivos policiales era más que suficiente para por lo menos pretender o exigir su entrega, o para, llegado el caso, actuar con mayor decisión y energía, utilizando las armas si fuera necesario, desde luego, que tras agotar los medios indispensables, de tal forma que sólo en caso extremo se utilizaran las armas de fuego, y aún utilizándolas, se debía procurar causar el menor daño posible a los derechos e integridad personal del afectado.

No fue así, sin embargo, como actuó la policía y sí, por el contrario, desplegó la fuerza que tenía a su disposición no tanto para capturar a los dos sujetos que se encontraban en el inmueble, como para lograr sus muertes. No entiende la Sala por qué la fuerza pública no actuó con suficiente ponderación y prudencia, frente a los individuos fallecidos, con un mayor respeto para con sus vidas, cuyo derecho se constituye quizás en el más importante del ser humano, el cual por mandato constitucional a las autoridades les obliga su protección, hasta el punto de que el incumplimiento de esa obligación viene a configurar la falla del servicio, la que integrada con el daño que produjo el deceso violento de Riascos Gordillo, y la relación causal entre éste y aquélla, permiten determinar la responsabilidad extracontractual del ente oficial demandado.

Precisa la Sala, ante la alusión que la apoderada de la Policía Nacional hace a un pronunciamiento anterior, donde la actuación de la fuerza pública no se calificó como falla del servicio, que con referencia a este tipo de situaciones resulta imposible establecer un criterio rígido y unificado, en razón a que cada caso presenta sus propias características, las circunstancias de tiempo, modo y lugar no son idénticas, el comportamiento de las víctimas y la actuación de los agentes oficiales no son iguales, diferencias de situaciones y comportamientos que obligan en cada caso particular a decidir de acuerdo con lo acontecido en el hecho que originó el respectivo proceso.

Ahora bien, si la Sala censura la actuación de los uniformados al ocasionarle la muerte a los frustados asaltantes, así mismo debe reconocer que a su vez fue el comportamiento imprudente e ilegítimo de éstos el que colaboró para obtener el trágico

resultado. La culpa de la víctima si bien no constituye la causa única de su fallecimiento, sí lo fue en gran parte decisiva, es decir, que se presenta en el *sub-júdice* una situación de culpa compartida entre la fuerza pública causante del daño y la víctima del mismo, la que, si de una parte no exonera de responsabilidad, de otra, en cambio, sí la atenúa por cuanto aquella se expuso al daño imprudentemente, en los términos del artículo 2357 del C.C. Frente a tal ocurrencia el juzgador puede dentro de una prudente y razonable discrecionalidad tasar el monto de los perjuicios, como en efecto lo hizo el *a-quo,* en cuantificación que la Sala comparte íntegramente.

Así las cosas, habría de confirmarse la condena por perjuicios morales en favor de los padres, esposa e hijos del fallecido, que en cuantía equivalente en pesos a 500 gramos de oro, hizo el Tribunal para cada uno, lo mismo que el reconocimiento de 200 gramos para cada uno de los hermanos del occiso.

Con relación a la menor Luz Angela Riascos, hija extramatrimonial de la víctima, en razón a que con la copia del folio de su registro civil de nacimiento adjuntada en esta instancia como complemento del certificado de registro civil acompañado con la demanda, se demuestra que ella es hija extramatrimonial denunciada y reconocida expresamente por su progenitor. Hay lugar a modificar la sentencia impugnada para disponer a su favor el pago del perjuicio moral inferido, en cuantía equivalente a 500 gramos de oro fino.

Por último, con respecto a los perjuicios materiales, negados de plano por el *a-quo,* "pues sería ir contra todo principio de equidad y de justicia que se reconociera estos perjuicios a familiares de personas que fueron dada de baja por las autoridades en momentos en que se dedicaban a realizar actividades ilícitas...", estima la Sala que si bien no sería razón suficiente lo atrás expresado, tal reconocimiento no puede prosperar por cuanto no se probó debidamente el daño ocasionado. Así lo entiende la Sala toda vez que no se probó legalmente su actividad comercial, ni como propietario del equipo odontológico, ni del local donde este funcionaba, y sí, por el contrario en el proceso se demostró que desarrollaba un ilícito comportamiento. Tal situación antagónica, requería con mayor razón la comprobación precisa de las pretendidas actividades lícitas comerciales. Pero además, no se puede pasar por alto que si lo del equipo odontológico y los subarriendos del local donde éste funcionaba, llegaran a ser ciertos, los demandantes de todas formas no dejaron de percibir los beneficios económicos provenientes de aquéllos.

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

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE los ordinarles 1o., 3o., 4o., 5o., y 6o., de la sentencia apelada, esto es, la de 2 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Segundo.- Modifícase el ordinal Segundo del fallo apelado, el cual queda así:

2o. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales: a Maclovio Riascos Torres, Ana María Gordillo de Riascos, María Dolly Muñoz de Riascos, Paola Andrea Riascos Muñoz, y Stived David Riascos Muñoz y Luz Angela Riascos Pinzón, una suma equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno. A María Cristina Riascos Gordillo, Rodolfo Riascos Gordillo, Harold Riascos Gordillo, Maclovio Riascos Gordillo, y Celmira Riascos Gordillo, una suma equivalente en pesos a doscientos (200) gramos de oro fino, para cada uno.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Tercero.- Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídase copias auténticas de las sentencias, con constancia de ajecutoria, para las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del C. de P.C. y otra copia con destino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS/HIDROCARBUROS/PROPIEDAD-Declaración/**MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS JUDICIALES**- Improcedencia/**ACCION DE DOMINIO**-Inexistencia/**CUSIANA**

De la lectura del *"petitum"* no se vivencia que el procurador judicial de los demandantes "...pretenda que la propiedad de las minas atinentes a minerales metálicos y a yacimientos de hidrocarburos corresponde al Estado y no a los particulares...", como reza el artículo 4o. de la Ley 97 de 1993. Sus aspiraciones se orientan simplemente a obtener la declaratoria de nulidad de la resolución No. 113, dictada por el señor Presidente de la República el día 29 de mayo de 1971, y de las escrituras que en la misma parte de la demanda se enlistan. En parte alguna del libelo se impetra que, como consecuencia de tales declaraciones de nulidad, se defina que corresponden al Estado los yacimientos de hidrocarburos, es decir, que el universo del presente conflicto de intereses no tiene un carácter declarativo y reivindicatorio de la propiedad. La especial circunstancia de que ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se está controvirtiendo el temperamento jurídico que tienen los contratos Nos. 15, 16, 15A y 16A, suscritos por Ecopetrol y las personas que lo hacen como propietarias. Por esta potísima razón mal puede la Sala comprometer el universo obligacional que tales negocios jurídicos tienen, decretando una medida cautelar en un proceso que no está vinculado, por ninguna causa, a tales actos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: expediente No. 6976. Actor: La Nación - Ministerio de Minas y Energía y Hacienda y Crédito Público.

- I -

El apoderado de la Nación - Ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público, en el escrito visible a folios 1857 y siguientes del cuaderno número 1.

SOLICITA:

"Que se decreta la MEDIDA CAUTELAR de embargo y secuestro preventivos de los pagos que en favor de los presuntos comuneros particulares del predio Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana realiza la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, en virtud de los contratos distinguidos con los números 15, 16, 15A y 16A, derivados de los títulos cuyo mérito se discute en el proceso de la referencia y que equivalen al pago de una regalía del cuatro por ciento (4%) del cuarenta y cinco por ciento (45%) de la producción de petróleo extraído en el mencionado predio.

"Que en consecuencia, se ordene a la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, actuar como secuestre e invertir los recursos en títulos inscritos en el mercado de valores mientras se decide el proceso y se oficie al Departamento de Contabilidad de esa Empresa para los efectos pertinentes" (folio 1857 cuaderno número 1).

Para resolver se,

CONSIDERA

En la demanda con la cual se inició el presente proceso el apoderado de la parte actora concretó sus pretensiones dentro del siguiente marco:

"1. Que es totalmente nula la resolución número 113 dictada por el entonces Presidente de la República el 29 de mayo de 1971.

"2. Que son totalmente nulas las escrituras que, en desarrollo de la resolución No. 113 del 29 de mayo de 1971 dictada por la Presidencia de la República, suscribió el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público ante la Notaría 7a. del Círculo de Bogotá, distinguidas con los números: 5565, del 16 de septiembre de 1971; 5576, 5577, 5578, 5579 y 5590 del 17 de septiembre de 1971 y 6227 del 19 de octubre de 1971" (folio 178 cuaderno número 1).

Como se puede apreciar, de la lectura del *"petitum"* no se vivencia que el procurador judicial de los demandantes "...pretenda que la propiedad de las minas atinentes a minerales metálicos y a yacimientos de hidrocarburos corresponde al estado y no a los particulares...", como reza el artículo 4o. de la Ley 97 de 1993. Sus

aspiraciones se orientan simplemente a obtener la declaratoria de nulidad de la resolución No. 113, dictada por el señor Presidente de la República el día 29 de mayo de 1971, y de las escrituras que en la misma parte de la demanda se enlistan. En parte alguna del *libelo* se impetra que, como consecuencia de tales declaraciones de nulidad, se defina que corresponden al estado los yacimientos de hidrocarburos, es decir, que el universo del presente conflicto de intereses no tiene un carácter declarativo y reivindicatorio de la propiedad. Esta realidad impide al consejero conductor del proceso despachar favorablemente la solicitud que se recoge en el escrito que obra al folio 1857 del cuaderno número 1, pues dentro del proceso no se da la realidad jurídica que contempla la hipótesis normativa, esto es, el artículo 4o. de la Ley 97 de 1993.

En apoyo a la anterior verdad jurídica viene el auto calendado el día veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991) (cuaderno número 1 folio 370), dictado por la Sala de Decisión, al desatar el recurso de súplica que se interpuso contra el auto que inadmitió la demanda. En tal proveído se dijo que la acción instaurada no era de simple nulidad, ni de restablecimiento, ni contractual, razón por la cual el proceso es de "...**carácter administrativo, para los cuales no existe regla especial de competencia**". A esta conclusión no habría podido llegar la Sala si hubiese tenido la comprensión de que en la *litis* existe una controversia sobre el dominio de los yacimientos, pues para estos casos la competencia está claramente fijada en la ley.

A la realidad que se deja expuesta debe agregarse la especial circunstancia de que ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se está controvirtiendo el temperamento jurídico que tienen los contratos Nos. 15, 16, 15A y 16A, suscritos por Ecopetrol y las personas que lo hacen como propietarias. Por esta potísima razón mal puede la Sala comprometer el universo obligacional que tales negocios jurídicos tienen, decretando una medida cautelar en un proceso que no está vinculado, por ninguna causa, a tales actos.

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

RESUELVE

DENIEGASE la medida cautelar solicitada, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

NOTIFIQUESE.

Julio César Uribe Acosta.

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

SUBSUELO PETROLIFERO/HIDROCARBUROS/MINAS-Régimen Aplicable/**DERECHOS ADQUIRIDOS/YACIMIENTOS PETROLIFEROS**-Descubrimiento

Se debe distinguir entre las simples expectativas y los derechos constituídos sobre los yacimientos de petróleo, en cuanto se refieren al artículo 202 de la Constitución de 1886, y que el régimen exceptivo consagrado en dicha norma superior ampara sólo los derechos constituídos con anterioridad o posterioridad a la vigencia de dicho canon constitucional. En las anteriores condiciones, si no se da el derecho constituído conforme a la ley, la excepción se desvirtúa y en su lugar prevalece el principio general de que el dominio del subsuelo corresponde en su totalidad al Estado. Ese mismo concepto de mera expectativa juega importante papel en el entendimiento e interpretación de algunas de las normas que contemplaron la propiedad privada del petróleo, entre ellas los artículos 4o. de la Ley 37 de 1931, 7o. y 10o. de la Ley 160 de 1936, incorporados en los artículos 5o. y 36 del Código de Petróleos. El artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 no convalida situaciones ni derechos anteriores a la fecha de vigencia de la ley, sino que a partir de ésta exige que el derecho constituído se radique en un yacimiento descubierto con el objeto de poner en consonancia la legislación con el artículo 202 de la Constitución. En consecuencia, continúa, "el precepto que se comenta no tiene carácter retrospectivo, ni menos retroactivo, que permita interpretarlo como convalidante de las meras expectativas anteriores a su vigencia; la disposición exige, ni más ni menos, que se cumpla el artículo 202 de la Constitución y que, por lo mismo, la excepción que contempla consiste en derechos constituidos en yacimientos descubiertos. En otros términos, antes y después de que entrara en vigencia la Ley 20 de 1969, las excepciones, en cuanto tienen idéntico fundamento constitucional, deben tener el mismo tratamiento en la ley".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7120. Actor: Carlos Julio Zerda Bautista. Demandada: La Nación - Ministerio de Minas y Energía.

El señor Carlos Julio Zerda Bautista, en ejercicio de la acción de restablecimiento del Derecho, por conducto de apoderado judicial, el 28 de noviembre de 1991 instauró demanda contra la Nación, representada por el Ministerio de Minas y Energía, con el objeto de lograr las siguientes declaraciones:

> "1a. Que es nula la resolución No. 031380 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, fechada el 25 de julio de 1991, mediante la cual se negó la inscripción de propiedad privada del subsuelo impetrado por mi mandante.
>
> "2a. Que por mantener su vigencia los títulos correspondientes, en cuanto al subsuelo se refiere, mi poderdante si es propietario comunitario o condueño en la cantidad o proporción que evidencian las pruebas, del subsuelo del inmueble denominado "El Emporio", antiguamente "Santiago de las Atalayas", identificado en la cédula real conferida a favor de don Vicente de la Zerda, y de los hidrocarburos que en él se encuentren. Cédula que se halla protocolizada en la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá bajo el No. 235 de enero 19 de 1945.
>
> "3a. Que el Ministerio de Minas y Energía o, en su lugar la entidad que sea competente, debe inscribir a mi pordedante, señor Carlos Julio Zerda Bautista como propietario del inmueble identificado en el numeral anterior, en la cuantía o proporción que resulte acreditada en el proceso, específicamente del subsuelo y de los hidrocarburos que en él se encuentren" (folio 112).

Como fundamento de las anteriores pretensiones, se refieren en la demanda (folios 112 a 116) los hechos que aparecen relacionados así:

> "1o.- Mediante la real Cédula de 12 de noviembre de 1777, con la cual culminó la demanda de venta y adjudicación por el procedimiento de remate efectuada en favor del maestro Vicente de la Zerda en el año de 1766, el Rey don Carlos III de España aprobó, confirmó y ratificó la adjudicación de tierras que se le hizo por los funcionarios competentes al citado de la Zerda, ubicadas en la Provincia de los Llanos de las Atalayas, que se comprenden, según el acta de Upía, hasta su término, y de ahí a la unión de la Nuya al Túa, y enseguida por el Nuya hasta las cimas de los Grandes Farallones y por dichas sierras a dar el río Upía, o sea habiendo precisado que la adjudicación incluía "todo lo que hubiese en dichas tierras... y además derechos y debajo de los límites y linderos" ya descritos.

"2o.- En septiembre del año 1777, el maestro Vicente de la Zerda, cura Beneficiario de la Parroquia de Garagoa, fundó con las referidas tierras que se le adjudicaron en el Llano de Casanare, una Capellanía laica con gravamen de misas a favor de sus familiares, en el orden y calidades allí determinadas para la sucesión de sus Patronos.

"3o.- Para preservar los derechos originados en la adquisición efectuada por don Vicente de la Zerda, en el año de 1943, ante el Juzgado 2o. Civil del Circuíto de Sogamoso y mediante el procedimiento de ley vigente por la época, se siguió un juicio de Capellanías. Este juicio terminó con la sentencia definitiva de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (octubre de 1944) en el cual se declaró como legítimo Patrono de las Capellanías laicas fundadas por el maestro Vicente de la Zerda, 'con todos los derechos y obligaciones del fundador', a Pedro Sabas María de la Zerda Cárdenas, en su condición de legítimo hermano del último patrono Rafael Zerda Cárdenas, quien falleciera, Rafael en 1938 siendo soltero.

"4o.- Pedro Sabas María de la Zerda, en su antedicha calidad y como titular de los derechos correspondientes sobre los bienes gravados, mediante la escritura No. 2921 de 6 de diciembre de 1944, de la Notaría 5a. de Bogotá, vendió el 45% de sus derechos de dominio sobre los bienes adquiridos por el maestro Viceten de la Zerda mediante la antedicha adjudicación efectuada por la Corona Española según Real Cédula de 1777, ubicados en los Llanos de Casanare, a José Hugo Soler V. y Palmenio Díaz J., y por medio de la escritura No. 2313 del 26 de julio de 1945, de la Notaría Primera de Bogotá, vendió el 55% restante de sus derechos sobre dichos bienes a Victoria Zerda Cárdenas.

"5o.- Con el objeto de explotar el suelo y los productos naturales del subsuelo en el predeterminado territorio, sus condueños y Salvador Jaksson constituyeron una sociedad comercial de responsabilidad limitada que se denominó 'Exploradora de El Emporio Ltda.' y a la cual aportaron los comuneros, entre otros bienes, su cuota de condominio indiviso en el terreno precitado localizado en el Llano de Casanare.

"6o.- La prenombrada sociedad fue legalmente disuelta y liquidada por escritura pública, y en la liquidación correspondiente les fue adjudicado a los comuneros de El Emporio (así denominado por los dueños de entonces el inmueble adjudicado al maestro de la Zerda por Cédula Real de 1777), las respectivas cuotas de dominio por ellos aportadas.

"7o. Por escritura No. 4643 de noviembre 5 de 1952, de la Notaría Séptima de Bogotá, Victoria Zerda Cárdenas vendió a Carlos Julio Zerda Bautista la mitad de su dominio en el terreno de El Emporio, ya varias veces citado.

"8o.- Después de diversas transacciones, mediante escritura pública No. 4218 del 29 de diciembre de 1966, de la Notaría Octava del Círculo de Bogotá, 'Victa

Victoria o María Victoria Zerda Cárdenas" vende al doctor Humberto Barrera Domínguez el 15% del 27 y medio por ciento de sus derechos en el inmueble anteriormente identificado (El Emporio).

"9o.- Mediante escritura pública No. 3061 del 15 de septiembre de 1867, el doctor Barrera Domínguez vende al señor Alfredo Sánchez Bravo la 3a. parte del 15% de los derechos que tenía sobre el inmueble El Emporio VICTA VICTORIA ZERDA C. y CARLOS JULIO ZERDA B., con fundamento en su condición de propietarios del inmueble requerido en exploración, se opusieron a la pretensión de la Shell Cóndor, dirigiéndose mediante apoderado a la Sala de Negocios Generales de la H. Corte invocando como fundamento de su oposición lo dispuesto en la Ley 160 de 1936 y en el decreto Decreto E.3050 de 1956.

"11o.- La Shell -Cóndor desistió de su pretensión, desestimiento que fue admitido mediante resolución No. 1151 de noviembre 10 de 1962 del Ministerio de Minas y Petróleos.

"12o. Mediante providencia de julio 9 de 1965, la extinta Sala de Negocios Generales de la H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado, doctor Carlos Peláez Trujillo, dictó sentencia dentro del proceso a que nos venimos refiriendo en los numerales que anteceden, decisión mediante la cual revocó el auto de la Corporación que había declarado infundadas las excepciones propuestas, y con fundamento en el hecho de que la Shell-Cóndor había desistido de su pretensión, determinó que los opositores carecían de interés actual para obrar y en consecuencia declaró probada la excepción sustantiva temporal de inepta demanda.

"13o.- El 6 de febrero de 1987, los doctores HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ (q.e.p.d.), JOSE ARCADIO BOLIVAR RODRIGUEZ, CARLOS JULIO ZERDA SALAZAR, a través de apoderado, se dirigieron por escrito a la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol- con el "fin de propiciar una reunión como mecanismo para lograr un acuerdo" que solucionara el interés de dichos poderdantes. Con dicho memorial se presentaron: a) los originales de los poderes conferidos por las citadas personas para representarlos en la vía gubernativa; b) las copias autenticadas de las sentencias mediante las cuales se declaró legítimo patrono de la Capellanía laica fundada por don Vicente de la Zerda a Rafael Zerda Cárdenas y a la muerte de éste a Pedro Sabas María Zerda C.; c) el certificado de tradición del inmueble descrito en la Cédula Real de 1777 otorgada a favor de don Vicente de la Zerda, y d) copia autenticada del plano levantado por el Instituto Geográfico A. Codazzi del inmueble descrito en la Referida Cédula Real otorgada a favor de don Vicente de la Zerda.

"14o.- Las conversaciones con Ecopetrol tuvieron un comienzo y un final estéril, como que no hubo el más mínimo interés de la empresa en examinar la situación que se le planteaba.

"15o.- En junio 19 de 1987 se solicitó al doctor Fernando Delgado, Vicepresidente de Operaciones Asociadas, certificar si en el área comprendida por los linderos determinados en la Cédula Real de 1777 a favor de Vicente de la Zerda, Ecopetrol estaba desarrollando o proyectaba hacerlo en el futuro, alguna actividad petrolífera.

"16o.- Ante la violación de los términos legales (Decreto 01 de 1984), el 14 de octubre de 1987 se envió una nueva carta al doctor Fernando Delgado solicitando dar respuesta a la petición de junio 19/87.

"17o.- Persistió Ecopetrol en la violación de los términos legales, y ante eso se envío el 1 de diciembre de 1987, otra carta, esta vez al Presidente de la empresa, requiriendo la respuesta solicitada en junio 19 de 1987.

"18o.- El 21 de enero de 1988, casi un año después de la primera carta enviada a Ecopetrol, el Presidente de la empresa respondió que en la "Sección de Cartografía de la Vicepresidencia de Exploración y Producción fueron revisados la copia del mapa tomado del original del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y los mismos originales de las planchas cartográficas de ese Instituto. Con base en esa revisión quedó establecido que: 1... 2. El globo de terreno al que se refiere la escritura No. 235 del 19 de enero de 1945 de la Notaría Cuarta de Bogotá, mediante la cual se efectuó la protocolización de los documentos de Vicente de la Zerda, que tiene una extensión aproximada de 63.055 hectáreas, parcialmente está comprendida en el área de dos (2) contratos de asociación así: El contrato de asociación *'Upía* A', suscrito con la compañía LASMO, en 23.500 hectáreas aproximadamente, que equivalente al 37% del área del "EMPORIO", y el contrato de asociación *'Upía* B' suscrito con la misma compañía, en 2.720 hectáreas aproximadamente, que corresponden al 4% del área de 'EL EMPORIO..."

"Concluyó este documento expresando en cuanto a la decisión de la Empresa, "que el Ministerio de Minas y Energía ha asumido el estudio y definición de la propiedad privada del petróleo con carácter general; por tanto, en cuanto se produzca esa decisión se la comunicaremos a usted, a fin de que pueda promover las acciones que considere convenientes ante la dependencia que corresponda".

"19o.- Iniciada la etapa en el Ministerio de Minas y Energía, el 4 de marzo de 1988, mediante carta No. 004051, en respuesta a una enviada por el apoderado de los interesados, la doctora Mónica de Greiff comunica que se elevó consulta al H. Consejo de Estado, y que por lo tanto era necesario "esperar el concepto respectivo para efectos de darle curso a su solicitud".

Victoria o María Victoria Zerda Cárdenas" vende al doctor Humberto Barrera Domínguez el 15% del 27 y medio por ciento de sus derechos en el inmueble anteriormente identificado (El Emporio).

"9o.- Mediante escritura pública No. 3061 del 15 de septiembre de 1867, el doctor Barrera Domínguez vende al señor Alfredo Sánchez Bravo la 3a. parte del 15% de los derechos que tenía sobre el inmueble El Emporio VICTA VICTORIA ZERDA C. y CARLOS JULIO ZERDA B., con fundamento en su condición de propietarios del inmueble requerido en exploración, se opusieron a la pretensión de la Shell Cóndor, dirigiéndose mediante apoderado a la Sala de Negocios Generales de la H. Corte invocando como fundamento de su oposición lo dispuesto en la Ley 160 de 1936 y en el decreto Decreto E.3050 de 1956.

"11o.- La Shell -Cóndor desistió de su pretensión, desestimiento que fue admitido mediante resolución No. 1151 de noviembre 10 de 1962 del Ministerio de Minas y Petróleos.

"12o. Mediante providencia de julio 9 de 1965, la extinta Sala de Negocios Generales de la H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado, doctor Carlos Peláez Trujillo, dictó sentencia dentro del proceso a que nos venimos refiriendo en los numerales que anteceden, decisión mediante la cual revocó el auto de la Corporación que había declarado infundadas las excepciones propuestas, y con fundamento en el hecho de que la Shell-Cóndor había desistido de su pretensión, determinó que los opositores carecían de interés actual para obrar y en consecuencia declaró probada la excepción sustantiva temporal de inepta demanda.

"13o.- El 6 de febrero de 1987, los doctores HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ (q.e.p.d.), JOSE ARCADIO BOLIVAR RODRIGUEZ, CARLOS JULIO ZERDA SALAZAR, a través de apoderado, se dirigieron por escrito a la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol- con el "fin de propiciar una reunión como mecanismo para lograr un acuerdo" que solucionara el interés de dichos poderdantes. Con dicho memorial se presentaron: a) los originales de los poderes conferidos por las citadas personas para representarlos en la vía gubernativa; b) las copias autenticadas de las sentencias mediante las cuales se declaró legítimo patrono de la Capellanía laica fundada por don Vicente de la Zerda a Rafael Zerda Cárdenas y a la muerte de éste a Pedro Sabas María Zerda C.; c) el certificado de tradición del inmueble descrito en la Cédula Real de 1777 otorgada a favor de don Vicente de la Zerda, y d) copia autenticada del plano levantado por el Instituto Geográfico A. Codazzi del inmueble descrito en la Referida Cédula Real otorgada a favor de don Vicente de la Zerda.

"14o.- Las conversaciones con Ecopetrol tuvieron un comienzo y un final estéril, como que no hubo el más mínimo interés de la empresa en examinar la situación que se le planteaba.

"15o.- En junio 19 de 1987 se solicitó al doctor Fernando Delgado, Vicepresidente de Operaciones Asociadas, certificar si en el área comprendida por los linderos determinados en la Cédula Real de 1777 a favor de Vicente de la Zerda, Ecopetrol estaba desarrollando o proyectaba hacerlo en el futuro, alguna actividad petrolífera.

"16o.- Ante la violación de los términos legales (Decreto 01 de 1984), el 14 de octubre de 1987 se envió una nueva carta al doctor Fernando Delgado solicitando dar respuesta a la petición de junio 19/87.

"17o.- Persistió Ecopetrol en la violación de los términos legales, y ante eso se envío el 1 de diciembre de 1987, otra carta, esta vez al Presidente de la empresa, requiriendo la respuesta solicitada en junio 19 de 1987.

"18o.- El 21 de enero de 1988, casi un año después de la primera carta enviada a Ecopetrol, el Presidente de la empresa respondió que en la "Sección de Cartografía de la Vicepresidencia de Exploración y Producción fueron revisados la copia del mapa tomado del original del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y los mismos originales de las planchas cartográficas de ese Instituto. Con base en esa revisión quedó establecido que: 1... 2. El globo de terreno al que se refiere la escritura No. 235 del 19 de enero de 1945 de la Notaría Cuarta de Bogotá, mediante la cual se efectuó la protocolización de los documentos de Vicente de la Zerda, que tiene una extensión aproximada de 63.055 hectáreas, parcialmente está comprendida en el área de dos (2) contratos de asociación así: El contrato de asociación *'Upía* A', suscrito con la compañía LASMO, en 23.500 hectáreas aproximadamente, que equivalente al 37% del área del "EMPORIO", y el contrato de asociación '*Upía* B' suscrito con la misma compañía, en 2.720 hectáreas aproximadamente, que corresponden al 4% del área de 'EL EMPORIO..."

"Concluyó este documento expresando en cuanto a la decisión de la Empresa, "que el Ministerio de Minas y Energía ha asumido el estudio y definición de la propiedad privada del petróleo con carácter general; por tanto, en cuanto se produzca esa decisión se la comunicaremos a usted, a fin de que pueda promover las acciones que considere convenientes ante la dependencia que corresponda".

"19o.- Iniciada la etapa en el Ministerio de Minas y Energía, el 4 de marzo de 1988, mediante carta No. 004051, en respuesta a una enviada por el apoderado de los interesados, la doctora Mónica de Greiff comunica que se elevó consulta al H. Consejo de Estado, y que por lo tanto era necesario "esperar el concepto respectivo para efectos de darle curso a su solicitud".

"Oportuno es destacar que el fundamento para la solicitud de concepto al H. Consejo de Estado fue la polémica surgida entre el Ministerio y Ecopetrol, pues mientras la entidad encargada de trazar la política minera y de hidrocarburos insistía en su tradicional tesis aplicada inveteradamente, Ecopetrol, entidad encargada de ejecutar esas políticas, creaba una nueva tesis a la cual desconocía los derechos del demandante.

"20o.- El H. Consejo de Estado se pronunció el 11 de julio de 1988 mediante providencia que otorgó pleno respaldo al pensamiento del Ministerio, lo cual a su vez le dio nítido soporte jurídico a la solicitud del demandante de que se inscribiera a su nombre, como propiedad privada, el subsuelo que indicaban los documentos aportados.

"21o.- No obstante que según el propio Ministerio, la respuesta a los reclamantes de la vía administrativa sólo estaba esperando el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, el 20 de enero de 1989, es decir, 6 meses después del concepto emitido por esa Corporación, la directora general de Asuntos Legales, mediante carta No. 001141, solicita "allegar fotocopia auténtica de la sentencia del Honorable Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, por la cual se declara al señor Rafael Zerda Cárdenas como legítimo patrono de la Capellanía Laica, fundada por el maestro don Vicente de la Zerda", no obstante que dicho documento había sido anexado en copia auténtica a la solicitud inicial dirigida a Ecopetrol.

"22o.- Con carta radicada bajo el No. 003176 de febrero 14/90 se hizo entrega al Ministerio de la sentencia requerida.

"23o.- Tres meses después, en mayo 12/90, se profirió un auto mediante el cual se solicitó allegar nueva documentación, en contra de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 01 de 1984, que prohíbe la petición de documentos adicionales por cuotas o instalamentos al señalar que cuando los documentos no son suficientes para decidir "se le requerirá, por una sóla vez, con toda precisión..., el aporte de lo que haga falta".

"Esta solicitud fue respondida con oficio recibido en el Ministerio en junio 16/89, en el cual se amplió la información en orden a colaborar con las autoridades en la decisión del caso, pues se pensó que en realidad el nuevo requerimiento obedecía al deseo de la administración de contar con los elementos de juicio que en su criterio eran necesarios para resolver el fondo del negocio.

"24o.- Bajo el Ministerio de la señora Mena de Quevedo el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario No. 1994 de septiembre 4 de 1989, y acto seguido, el 15 de septiembre, mediante auto de esta fecha, se invoca dicho Decreto como fuente para solicitar los documentos señalados en el mismo, habiendo respondido el apoderado de los reclamantes que dicho decreto no era aplicable al caso porque sería darle vigencia retroactiva. A través de memorial de mayo de 1990

se puso de presente, además, que ya la administración había agotado la facultad que le otorga el artículo 12 de pedir nuevos documentos, norma cuya finalidad práctica es impedir que la administración empantane un trámite mediante la petición indefinida de papeles, y con fundamento en esa situación se solicitó, una vez más, resolver el fondo del negocio, y por primera vez se pidió una investigación en torno a la injustificada y excesiva mora que ya registraba dicho negocio.

"25o.- El 11 de septiembre de 1990 se envía una nueva solicitud al recién posesionado Ministro, en la que se hace un recuento del largo y tortuoso camino recorrido hasta ese momento y se solicita un pronunciamiento de fondo sin más dilaciones.

"26o.- Pero como el cambio "sigue la marcha anterior", no hay respuesta de ninguna clase al documento relacionado en el numeral que precede, con base en lo cual el apoderado se entrevista en la primera quincena de febrero de 1991 con la directora general de Asuntos Legales del Ministerio de Minas, doctora Carmen Lucía González S., quien enterada del caso promete una decisión lo más pronto posible.

"27o.- El 20 de febrero de 1991, es decir, más de un año después de haberse presentado (octubre 13 de 1990) una reposición contra la decisión calendada el 15 de septiembre de 1989, el jefe de la División Legal de Hidrocarburos insiste en que deben allegarse los documentos exigidos por el Decreto 1994 de 1989, y al referirse a la solicitud de investigación por la mora en el trámite del negocio, en una actitud desafiante y de indolencia total hacia las normas que regulan los derechos de los ciudadanos, los deberes y las faltas disciplinarias y penales de los funcionarios, responde que para eso está prevista la figura "del silencio administrativo negativo".

"De conformidad con el contenido de este auto se desprenden otras anomalías como son las siguientes:

"a.- El Ministerio de Minas y Energía incurrió en mora desde el 16 de febrero de 1988, fecha de la primera carta enviada al Ministerio de Minas, hasta el 5 de abril de 1990, para solicitar a Ecopetrol el envío de los documentos en su poder, anexados por el apoderado de los reclamantes de la vía administrativa en la oportunidad en que se hizo la petición inicial radicada en Ecopetrol el 6 de febrero de 1987, sin los cuales difícilmente podía resolverse el negocio, pues no sólo estaban los documentos en los que se originaba el derecho reclamado (Cédula Real, etc.), sino los poderes conferidos por los interesados para actuar a nombre de ellos.

"b.- Ecopetrol incurrió en mora en responder dicha solicitud, dirigida al doctor Alvaro Meneses, entre abril de 1990 y abril 16 de 1991, fecha en la que el

doctor Rafael Malaver P., envió al Ministerio una carta remitiendo la décima tercera copia de la escritura pública No. 235 de enero 19 de 1945 otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá y copia del plano elaborado por Ecopetrol, omitiendo el envío de los poderes, el plano del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y los demás documentos determinados en la carta de febrero 6/87 dirigida a Ecopetrol.

"28o.- Con relación al auto de febrero 20 de 1991, el apoderado de los interesados produjo un memorial fechado el 10 de abril, mediante el cual solicitó resolver sin más dilaciones el negocio y compulsar copias de las piezas pertinentes para efecto de las investigaciones disciplinarias y penales a que hubiere lugar. Dejó constancia en tal documento sobre la reunión efectuada con el doctor Meneses en Ecopetrol, en la que se le explicó que la no respuesta al oficio del Ministerio de Minas y Energía era el extravío de los documentos allegados con la petición inicial dirigida a Ecopetrol.

"29o.- Mediante resolución No. 031380 de julio 25 de 1991, notificada el 31 del mismo mes y año, se negaron las peticiones de los interesados, sin que obraran dentro del expediente los documentos presentados a Ecopetrol, o que dicha Empresa nunca remitió, entre los que estaban los poderes de los interesados, sin los cuales mal podía la autoridad aceptar una representación, no habiéndose dispuesto nada en orden a recuperar dichas piezas ni tampoco en cuanto a investigar y sancionar a los responsables del extravío de esa documentación.

"30o.- El demandante posee un justo título que se perfeccionó en noviembre de 1777 (Cédula Real expedida a favor de don Vicente de la Zerda), otorgado en debida forma de acuerdo con las normas vigentes de la época, sobre el cual no ha recaído de parte del Estado ningún pronunciamiento que afecte su validez en cuanto al subsuelo se refiere" (folios 112 a 117).

Normas violadas y concepto de la violación.

En la demanda se citan como normas infringidas "la legislación de Indias, en especial la Ley III de 1559 de la Corona, expedida por el rey Felipe II, el artículo 188 de la Constitución de Cúcuta expedida el 30 de agosto de 1821, el artículo 1126 del Código Fiscal de 1873 de los Estados Unidos de Colombia, los artículos 30, 202 y 215 de la Carta Política de 1886, los artículos 4o., 58 y 332 de la Carta Política de 1991, la Ley 153 de 1887, en especial los artículos 12 y 28, la Ley 37 de 1931, artículo 4o. y concordantes, la Ley 160 de 1936, en especial los artículos 5o., 6o., 7o., y 10o., del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos), artículo 5o. y s.s. la Ley 20 de 1969, en especial sus artículos 1o., 3o., y 13o., y el Decreto 797 de 1971, en especial su primigenio artículo 1o., el literal f) del artículo 3o. de la Ley 1a. de 1984, el Decreto 1994 de 1989, el Código Contencioso Administrativo, artículos 3, 9, 10, 12, 29, 31, 33, 40, 50 y 76".

Al referirse al concepto de la violación sostiene la demandante que en 1559 el Rey Felipe II, mediante la Ley III revocó la legislación sobre minas expedida por el Rey

Juan I, en razón a que la exploración y explotación minera se había prácticamente paralizado y en su lugar en la nueva legislación permitió la propiedad privada de las minas que no fueran de oro, plata y azogue.

Cita además en su apoyo al profesor Luis Felipe Latorre, quien a su vez transcribe apartes de la tesis de grado del doctor Antonio Rocha, según los cuales, hasta 1387 el subsuelo fue propiedad del dueño del suelo, y de este año a 1559 "se marcó la tendencia a expropiar a favor del rey el subsuelo de los particulares..." Desde este último año el subsuelo que contuviera oro, plata o azogue correspondía al rey, en tanto que otra clase de subsuelo continuó como propiedad particular, como en las minas de carbón y otras sustancias extraídas del seno de la tierra. Por su parte las minas de esmeraldas y sal gema pertenecían a la Nación, no para adjudicar su explotación, sino para explotarlas directamente el monarca o bien para arrendar su explotación. Tal situación jurídica del subsuelo correspondía al año 1810.

Se acude así mismo en la demanda a un fallo de la Corte Suprema de Justicia, fechado el 23 de octubre de 1940, según el cual "cuando el monarca español concedía mercedes, composiciones o vendía tierras realengas de sus colonias de Indias, el subsuelo también era implícitamente enajenado, salvo los mineros de oro, plata y azogue que se reservaron para patrimonio de la corona, según lo ordenado por el rey Felipe II".

Así las cosas, afirma el demandante que al maestro Vicente de la Zerda se le adjudicaron no sólo la tierra, sino "los demás derechos y debajo de los límites y linderos..."

Posteriormente, ya independizada Colombia, en la Constitución de Cúcuta de 1821 se dispuso que continuaban rigiendo las leyes españolas en aquellas materias que no contrariaran las normas nacionales y constitucionales, las que al no regular sobre minas, permitieron la vigencia de las disposiciones españolas. Más adelante, al regir el Código Fiscal de 1873, en el artículo 1126, se consagró la reserva de las minas, razón por la cual la Ley 160 de 1936 reconoció explícitamente la propiedad privada del subsuelo petrolífero que se halle en terrenos "que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873", situación que lleva al actor a sostener que sus derechos continúan vigentes "pues ninguno de los actos expedidos hasta esa fecha (1873) tiene la virtud de anular ese título, como tampoco lo hacen las normas posteriores...".

Aduce también el demandante que en el artículo 30 de la Carta de 1886 se consagró el derecho a la propiedad privada y el respeto a "los demás derechos adquiridos con justo título", y el artículo 202 *ibídem* dispuso la reversión a la Nación de los baldíos, minas y salinas "que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización", reversión que no afectó las minas ni suelos de los particulares.

Lo anterior lo lleva a concluir, que su derecho sobre los bienes que dejaron de ser del Estado en 1777 por razón de la Cédula constituida en favor de don Vicente de la Zerda, mantiene plenamente su vigencia. Esta situación, afirma el actor, mantiene su validez en la Constitución Política de 1991, la que en el artículo 58 garantiza de la propiedad privada y demás derechos legalmente adquiridos; y en el 332 reitera la riqueza del subsuelo en favor del Estado, con respecto "de los adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes", norma ésta que no establece condición especial alguna, tal como la de que "la riqueza del subsuelo esté descubierta".

Con respecto al artículo 28 de la ley 153 de 1887 que establece que todo derecho real adquirido bajo una ley, subsiste bajo el imperio de otra, se dice en la demanda, que ratificó el principio de respeto a los derechos adquiridos bajo la ley anterior establecido además en las Constituciones de 1886 y 1991.

Al referirse al artículo 4o. de la Ley 37 de 1931, dice que expresamente consagró en el país la existencia de yacimiento de petróleo de propiedad privada, y que los artículos 5o., 6o., 7o., y 10o., de la Ley 160 de 1936 ratificaron lo dispuesto en la norma antes citada, al regular lo concerniente a la declaración administrativa de propiedad privada del subsuelo petrolífero, estableciendo como requisito el "título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873", precisando que es de propiedad particular "el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación, por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal".

Con miras a evidenciar a la violación del artículo 5o. del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos), sostiene que mantuvo la misma estructura legislativa anterior, al reconocer la existencia del petróleo de propiedad privada, señalando que los "derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución, y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos", norma que resulta violada con el acto acusado al negar "el reconocimiento e inscripción de los derechos de mi poderdante sobre la parte que le corresponde del inmueble descrito y alinderado en la Cédula Real de 1777 otorgada a don Vicente de la Zerda..."

Sobre el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 afirma que reitera la reserva de las minas a favor de la Nación, extensiva a los yacimientos de hidrocarburos conforme al artículo 13 de la misma ley, a la vez que ratifica el respeto a los derechos constituídos a favor de terceros. Con respecto a la norma anterior, se dice en la demanda que a instancia del Ministerio de Minas y de Ecopetrol con fecha 11 de julio de 1988, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, sostuvo que "el artículo 3o. de la Ley 20 de 1969 no es aplicable a los depósitos de hidrocarburos", y que la propiedad privada de las minas y yacimientos de hidrocarburos adquirida con anterioridad al 22 de diciembre de 1969 no quedó afectada por la nueva ley.

Así mismo estima el actor que el artículo 1o. del Decreto 979 de 1971 ratificó el respeto al derecho sobre el subsuelo constituído a favor de terceros. Esta norma, sin embargo, fue derogada por el Decreto 1994 de 4 de septiembre de 1989, cuyo artículo 3o., literal c), exigió como requisito para acreditar el derecho privado al subsuelo petrolífero que "el yacimiento materia de la solicitud fuera descubierto antes del 22 de diciembre de 1969".

Frente a esta última disposición, encuentra el demandante que se dan dos situaciones: la primera, que se trate de un requisito para quienes pretendan consolidar un derecho sobre el subsuelo petrolífero luego de la vigencia de la Ley 20 de 1969, en cuyo caso considera concordante el reglamento con la ley reglamentada; la segunda, que se pretenda que el alcance del Decreto 1994 de 1989 es hacer efectivo el nuevo requisito, para situaciones consolidadas antes del 22 de diciembre de 1969, en cuyo caso dicho precepto por ser contrario a la Ley 20 de 1969, resulta inaplicable, por contradecir a la norma reglamentada, a más de que tal disposición regiría hacia el futuro.

Aduce además, que no puede aplicarse la disposición reglamentaria por impedirlo el artículo 4o. de la Constitución vigente que consagró la supremacía de la norma constitucional sobre la ley "u otra norma jurídica", y se ha visto que el ordenamiento superior proclama el respeto a la propiedad privada y "demás derechos adquiridos" (artículo 58), principio reiterado en el artículo 332 con respecto a la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. En igual sentido interpreta el actor el artículo 12 de la Ley 57 de 1887, según el cual los actos ejecutivos del gobierno de carácter reglamentario, tienen fuerza obligatoria y se aplican en tanto no contraríen la Constitución, la ley, ni la doctrina legal más probable. Por lo anterior el actor solicita que no se aplique el literal c) del artículo 3o. del Decreto 1994 de 1989, por violar los artículos 58 y 332 de la Carta y la Ley 20 de 1969, para concluir que la Cédula Real del 12 de noviembre de 1977 conserva su validez en cuanto al subsuelo y, que, por consiguiente, la negativa del Ministerio en reconocerlo es violatorio de las disposiciones anteriormente relacionadas.

Adicionalmente estima que el acto acusado violó el artículo 3o. del C.C.A, al agotarse la vía gubernativa en un término superior a cuatro años; el artículo 6o. *ibídem,* en cuanto a que las peticiones deben resolverse dentro de los 15 días siguientes a su recibo; el artículo 12 del mismo Código, por cuanto sólo autoriza un requerimiento al interesado, para que aporte lo que haga falta, y en este caso se exigieron documentos en tres oportunidades. Aduce también la violación de los artículos 29, 31, 33 y 40 del C.C.A, por las demoras y omisiones de Ecopetrol en enviar al Ministerio de Minas los documentos anexos a la primera petición administrativa. Para finalizar, afirma el demandante que en la Resolución No. 031380 del 25 de julio de 1991 al disponer que contra la misma no procedía ningún recurso y se agotaba la vía gubernativa, se vulneró el artículo 50 del C.C.A., por cuanto de acuerdo con esta disposición, contra todos los actos de carácter particular, por regla general, procede el recurso de reposición.

Contestación de la demanda.

El Ministerio de Minas y Energía por conducto de su representante judicial dio respuesta a la demanda en escrito que se encuentra a los folios 209 a 242 del expediente principal.

Con respecto a las peticiones del *libelo* demandatorio expresamente se opuso a la prosperidad de las mismas por no reunirse los requisitos legales para declarar la propiedad privada del subsuelo.

Estima que no es procedente la anulación del acto acusado, en razón, de una parte, a que el mismo no tipifica las causales del artículo 84 del C.C.A. y, de otra, porque el demandante carece del supuesto derecho, puesto que el actor Zerda Bautista, lo deriva de manera inmediata de la compra hecha a Victoria Zerda Cárdenas y de forma mediata, de la Cédula Real que en 1777 adjudicó los terrenos a don Vicente de la Zerda, quien los destinó a la fundación de una Capellanía, lo que significa que los bienes quedaron afectos al cumplimiento de la voluntad del fundador, que no era distinta a la de que su producido se destinara a la celebración de misas, voluntad que fue contrariada por Pedro Sabas María Zerda Cárdenas, como Patrono de la Capellanía al vender los terrenos mencionados.

Con relación a los hechos de la demanda, la entidad oficial manifiesta que alguno son ciertos, otros no lo son y de algunos otros nada le consta.

Señala sí, que la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo declaró Patrono de la Capellanía a Pedro Sabas María Zerda Cárdenas, más no "con todos los derechos y obligaciones del fundador" como dice la demanda, sino "con los derechos y las obligaciones establecidas por el fundador en los respectivos títulos; pero en todo caso de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales que en la actualidad reglamentan estas materias", con la precisión del fallo en el sentido de que sólo podía pronunciarse sobre el Patronato de la Capellanía, sin hacerlo con respecto a los bienes constitutivos de las fundaciones.

En cuanto a los títulos escriturarios mediante los cuales Pedro Sabas María de la Zerda vendió a Hugo Soler, Parmenio Díaz y Victoria Zerda Cárdenas, los bienes adquiridos por el maestro Vicente de la Zerda en 1777, considera la demandada que el primero de los nombrados por tratarse simplemente del Patrono de la Capellanía, sólo podía hacer efectiva la voluntad de don Vicente, más no transferir el dominio de los bienes. Por esta misma razón cuestiona la afirmación de que Victa Victoria Zerda y Carlos Julio Zerda B., hubieren actuado ante la Sala de Negocios Generales de la Corte "con fundamento en su condición de propietarios del inmueble requerido en exploración y explotación..."

Al hacer referencia a los fundamentos de derecho relacionados en la demanda, el ente oficial hizo las siguientes apreciaciones:

En primer término, se fundamenta en un estudio realizado por el profesor Eustorgio Sarria en su obra Derecho de Minas-Régimen Jurídico del Subsuelo, cuyo texto transcribe íntegramente.

Sostiene en dicho trabajo el autor aludido, que fue equivocado el criterio de la Corte, cuando en sentencia de 23 de octubre de 1940, sostuvo que "cuando el monarca español concedía mercedes, composiciones, o vendía tierras realengas de sus colonias de Indias, el subsuelo también era implícitamente enajenado, salvo los mineros de oro, plata y azogue que se reservaron para patrimonio de la corona, según lo ordenado por el rey Felipe II". La anterior doctrina contiene, en criterio del profesor Sarria, un error histórico y jurídico, en el cual incurrieron expositores como Antonio Rocha y Luis Felipe Latorre, "cuyos conceptos, por otra parte, contribuyeron a la consagración de una infundada propiedad privada del petróleo".

Se muestra pues, en desacuerdo el doctor Sarria, con las apreciaciones de los renombrados profesores, cuyas conclusiones "honestas pero inaceptables por estar reñidas con la verdad legal y la realidad histórica...", rechaza, por cuanto considera que el rey Felipe II lo que hizo fue revocar la facultad de explotación que Juan I había otorgado sobre las minas de oro, plata y azogue, sin que ello significara que la corona se desprendía del dominio de las otras minas en favor del dueño del suelo, pues tales mineras estaban reservadas desde 1263, por la Ley II, título 28, partida 3a., a más de que en leyes posteriores a las de Felipe II reafirmó su dominio sobre la totalidad del subsuelo, como en las ordenanzas de minería dadas para la Nueva España en 1783.

Como conclusión, la entidad demandada considera que los terrenos adjudicados en 1777 no comprendían el subsuelo, dado que "para la época regía el principio de separación de la propiedad entre el suelo y el subsuelo y en el documento en que consta la confirmación y ratificación de la adjudicación no se consignó expresamente el otorgamiento del subsuelo y/o de las mismas contenidas en él".

Advierte además sobre la omisión del demandante en referirse al Decreto de 24 de octubre de 1829 proferido por Simón Bolívar, mediante el cual se nacionalizaron todas las minas, y cuyo artículo 1o. estableció: "Conforme a las leyes, las minas de cualquier clase corresponden a la República cuyo Gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas y con las demás que contiene este Decreto", en el cual se incorporó a la legislación de la República, la ordenanza de Minería de Nueva España.

Al referirse al Código Fiscal de octubre de 1873 estatuto que, según el actor, por primera vez consagró en la Nueva República la reserva de las minas, sostiene la apoderada del Ministerio de Minas que fue el decreto del Libertador de 1829 el que nacionalizó las minas que habían salido del patrimonio estatal, y que la propiedad privada de las minas sólo se otorgó cuando fueron descubiertas y explotadas o adjudicadas durante determinados períodos. Así, bajo la Constitución de 1858, la Nación se desprendió de todas las minas a favor de los Estados Soberanos, exceptuadas las de

esmeraldas, sal gema, y vertientes saladas. Con posterioridad y bajo la vigencia de la Constitución de 1863 se mantuvo la misma situación legal respecto de las mismas.

Con la Ley 29 de 1873, dice la demandada, se amplió la reserva de la Nación a todas las minas en general, y por el artículo 1126 de la Ley 106 de 1873 (Código Fiscal), se declaró que pertenecían a la unión las minas de cobre, hierro y demás metales no preciosos, los de azufre y otros no expresados en el título 14 de dicha ley, entre los cuales figura el petróleo.

Desaparecida en 1885 la Federación Granadina, en el artículo 202 de la Constitución de 1886, se ratificó, en concepto del doctor Sarria, "la nacionalización jurídica o legal del subsuelo, pero dejó a salvo en el segundo inciso los derechos constituídos a favor de terceros por los Estados Soberanos en armonía con sus legislaciones, es decir, los propietarios territoriales, que dentro de la vigencia del respectivo estatuto descubrieron, como cuerpos ciertos y definidos, las minas ubicadas dentro de los límites del suelo que les pertenecía.

Pero además, aduce la apoderada de la entidad pública, en desarrollo del artículo 202 de la Constitución Nacional, se expidió la Ley 38 de 1887, mediante la cual se adoptó como legislación nacional el Código de Minas de Antioquia, por lo que los yacimientos de petróleo ubicados en terrenos de propiedad privada quedaron sometidos al régimen de adjudicación establecido en el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, la que estuvo vigente hasta el 22 de octubre de 1903, cuando entró a regir la Ley 30 de ese año, que sustituyó la adjudicación de los yacimientos por la concesión de los mismos, tal como lo señalaban los artículo 116 y 117 del Código Fiscal de 1873. Posteriormente en el Código Fiscal de 1912, se retornó al sistema de adjudicación, pero respecto de los yacimientos ubicados en terrenos baldíos, los que se habían adjudicado luego de la vigencia de la Ley 30 de 1903, en tanto que los demás prosiguieron con el régimen de concesión.

Para concluir este tema, con apoyo en la obra del profesor Sarria, ya citada, se afirma que "a excepción de los yacimientos descubiertos y denunciados entre el 15 de marzo de 1887 y el 15 de marzo 1888, y los adjudicados como minas durante los lapsos de 15 de marzo de 1888 a 22 de octubre de 1903 y de 1o. de abril a 15 de noviembre de 1913, y siempre que los adjudicatorios hayan conservado su derecho, todos los demás son de propiedad de la nación", de donde deduce la demandada que la adjudicación hecha en 1777 no comportaba la transmisión del dominio del subsuelo.

De otra parte, sostiene la apoderada del Ministerio de Minas y Energía, que si en gracia de discusión se aceptara la tesis del demandante, de todas formas en el *sub-júdice* no se darían los requisitos para reconocer la propiedad privada del subsuelo petrolífero, conforme a la Ley 20 de 1969 y decretos reglamentarios. Sustenta su posición con la transcripción, en lo pertinente, de la exposición de motivos de dicha ley, las razones expresadas por el ponente de la misma, apartes de algunas providencias de la Corte Suprema de Justicia, para concluir que la Ley 20 de 1969 no lesionó derecho

alguno adquirido o constituído con justo título, en razón a que vino a aclarar que la pertenencia de todas las minas y yacimientos de hidrocarburos corresponde a la Nación "sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros, y simplemente reiteró que a partir de la vigencia de la misma, tal excepción sólo comprendería las situaciones jurídicas subjetivas y concretas que se hallaren debidamente perfeccionadas y vinculadas a un yacimiento descubierto".

Con referencia a los decretos reglamentarios 797 de 10 de mayo de 1971 y 1994 de 1989, anota la apoderada del Ministerio de Minas y Energía que el decreto 797, en el artículo 1o., al interpretar y definir lo que debía entenderse como situación jurídica subjetiva y concreta y señalar los requisitos que debían demostrar quienes consideraban encontrarse en tal situación, no omitió los presupuestos del perfeccionamiento del derecho y el de la vinculación a uno o varios yacimientos descubiertos, sino que, por el contrario, la norma reglamentaria reafirmó las exigencias legales.

En cuanto al Decreto Reglamentario 1994 de 1989, sostiene que sólo vino a aclarar el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, en armonía con el artículo 202 de la Constitución de 1886, y definió lo que debía entenderse por yacimiento descubierto, de donde concluye que "teniendo en cuenta no solamente su texto, sino la manera como ella fue desarrollada por los decretos mencionados, debe concluirse que la Ley 20 no modificó el régimen vigente desde 1873 en materia de propiedad de las minas, sino apenas se limitó a precisar algo que estaba implícito en todas las disposiciones anteriores, cual era la necesaria vinculación física de una mina o de un yacimiento descubierto con una situación jurídica subjetiva y concreta debidamente perfeccionada".

Agrega la entidad demandada, con apoyo en providencia de 1921 de la Corte Suprema de Justicia, que para poder constituír un derecho, o una situación jurídica individual y concreta sobre una mina, se necesitaba no solamente un título, sino además se requería que ésta (la mina) hubiese sido hallada o descubierta, que tuviere existencia cierta, pues de lo contrario no podría existir título sobre la misma.

Por lo último agrega la procuradora judicial del Ministerio demandado, que el criterio de interpretación sobre la ley 20 de 1969, las normas reglamentarias y el artículo 202 de la anterior Constitución, no es acomodaticio, y una vez más acude al profesor Eustorgio Sarria para mostrar la interpretación que en 1960 hizo sobre dicho canon constitucional.

Concluye la respuesta a la demanda, con la aseveración de que la Cédula de 1777, el fallo de 11 de octubre de 1944 del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y las escrituras de compraventa extendidas con posterioridad, no son títulos suficientes para declarar la propiedad privada de subsuelo petrolífero del inmueble descrito y alinderado en la Cédula Real de la capellanía fundada por don Vicente de la Zerda. Consecuencialmente, estima que debe mantenerse la resolución demandada.

Una vez agotado el período, se dispuso un traslado común a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al señor agente del Ministerio Público, para su concepto de rigor. Sin embargo, sólo el apoderado de la parte actora, presentó el escrito de folios 299 y 300, en donde, sin nuevos argumentos solicita un pronunciamiento favorable a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La cuestión debatida en este proceso consiste en determinar si la Resolución No. 031380 de 25 de julio de 1991 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, se ajusta o no a las disposiciones constitucionales y legales reguladoras de la materia controvertida. Consecuencialmente debe decidirse si al demandante Carlos Julio Zerda Bautista puede considerársele como propietario comunitario o condueño del subsuelo y de los hidrocarburos que se encuentren en el predio denominado "El Emporio", anteriormente "Santiago de las Atalayas", pretendido derecho derivado mediatamente de la Cédula Real constituída en favor de don Vicente de la Zerda, protocolizada en la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá, bajo el número 235 de 19 de enero de 1945.

Las posiciones antagónicas desde luego de las partes en el proceso, bien pueden concretarse así:

La demandada, es decir, la Nación-Ministerio de Minas y Energía profirió la resolución No. 031380 de 25 de julio de 1991, mediante la cual negó "la inscripción de la propiedad privada del subsuelo petrolífero del inmueble descrito alinderado en la Cédula Real sobre la capellanía fundada por don Vicente de la Zerda", por cuanto "que en el expediente no obra un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina, o un fallo que conserve su validez jurídica y reconozca o declare el derecho del interesado a la propiedad de los hidrocarburos, ni se aporta prueba de la existencia de un yacimiento descubierto con anterioridad al 22 de diciembre de 1969...", Esta posición jurídica, más ámpliamente fundamentada la sostiene el ente oficial en este proceso.

El demandante, por su parte, aduce que la Cédula Real de 12 de noviembre de 1777 conferida a don Vicente de la Zerda, conserva toda su validez en cuanto al subsuelo se refiere y constituye un justo título proveniente del Estado anterior a octubre de 1873, y que por adquisiciones posteriores es titular de unos derechos sobre el subsuelo del inmueble descrito en dicha Cédula, lo cual lo hace acreedor al ser reconocido como legítimo propietario, en la proporción que se demuestre del subsuelo del terreno alinderado e identificado en la Cédula Real mencionada.

Considera la Sala necesario que, así sea en forma breve, se haga alguna referencia en torno a la situación jurídica del subsuelo petrolífero, para una mejor comprensión del asunto controvertido.

En este orden de ideas, resulta conveniente advertir con fundamento en los antecedentes legislativos del país y especialmente españoles, cuál debe ser el criterio a seguir con respecto al subsuelo, concretamente frente a los hidrocarburos que en él se encuentren.

Conviene previamente señalar que en el derecho real español, al contrario de lo regulado por el derecho romano, el subsuelo pertenecía al soberano, bajo la concepción del dominio eminente. Así lo imponían las necesidades económicas y políticas de la época que no le permitían a los reyes de España considerar el subsuelo minero como accesorio del suelo y, por consiguiente, tener al dueño de éste como dueño también de aquél

En derecho minero español, se diferenció el tratamiento legal que se le debía dar al suelo y al subsuelo, hasta el punto de configurar una doble propiedad inmueble. "La opinión más común es que ellos (los metales) y las minas, o mineros de donde se sacan, se tenga por lo que llaman regalías, que es como decir por bienes pertenecientes a los reyes y supremos señores de las provincias donde se halla, y por propios, i incorporados por derecho, i costumbre en su patrimonio, i corona real, ora se hallen y descubran en lugares públicos, ora en tierras y posesiones de personas particulares. En tanto grado que aunque éstas aleguen, i prueben, que poseen las tierras i sus términos por particular merced, i concesión de los mismo príncipes se les hizo, no les valdría ni aprovechará esto, para adquirir, i ganar para sí las minas, que en ellas se descubrieren, si eso no se hallare especialmente dicho i expresado en la dicha merced" (Derecho de Minas - Régimen Jurídico del Subsuelo - Eustorgio Sarria y Mauricio Sarria Barragán).

Tal diferenciación la advierte OTS CAPDEQUI "aún en aquellos días excepcionales, al hacer mercedes a los caudillos y empresarios, jefes de expediciones descubridoras, simpre se estableció una diferencia entre el suelo y el subsuelo", para concluir "que la regalía en orden a las minas no tuvo limitación ni en la calidad de la tierra, pública o privada, ni en la calidad de los yacimientos mineros; que el dominio del suelo no daba ningún derecho al dominio del subsuelo".

Era entonces decisión real que el subsuelo pertenecía al rey y no a sus vasallos. Así se consagró en las Ordenanzas de Minería de Nueva España, entre las cuales, según citas del profesor Eustorgio Sarria, se disponía:

> "Las minas son propias de mi real corona". "Sin separarlas de mi real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión".

Igualmente, en la Ley 11, título 28, partida 3a. del año 1263, se consagró: **"Las reudas de los puertos et las salinas et las mineras pertenecen a los reyes"**; y en el año 1396 Novísima Recopilación, Ley I, título XVIII, libro IX, se estableció que "todos las mineras de plata y oro y plomo y de otro cualquier metal de cualquier cosa que sea, en nuestro señorío real, pertenece a nos, por ende ninguno sea osado de laborar sin nuestra especial licencia y mandato".

Previos los antecedentes brevemente enunciados, la legislación sobre propiedad minera en nuestro país, se ha dividido en tres períodos: el primero, que comprende desde la conquista, hasta la época de la Confederación Granadina en 1858; el segundo, que se inicia en esta última y culmina al entrar en vigencia la Constitución de 1886 y, por último, desde 1886 hasta la época actual.

En el primer período básicamente continuó rigiendo la legislación española y, por consiguiente, el criterio de que el subsuelo pertenecía a la Corona y no al dueño del suelo. Esta división entre el suelo y el subsuelo se mantuvo, y fue así como la Constitución de 1821 y el Decreto del Libertador de 24 de octubre de 1829, o Reglamento sobre Minería, reafirmaron para el Estado el dominio pleno sobre todas las minas. Este último estatuto en su artículo 1o. dispuso: "Conforme a las leyes, **las minas de cualquier clase corresponden a la República,** cuyo gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este decreto".

Cabe señalar como en la exposición de motivos de la Ley 20 de 1969, al referirse a este período se precisa que durante la colonia y los primeros cuarenta y ocho años de vida independiente, todas las minas, estuvieran en terrenos baldíos o privados, "pertenecían exclusivamente a la Corona y después a la República, que no a los particulares.

El segundo período, comenzó al organizarse la Confederación Granadina por la Constitución de 1858, seguida por las de 1861 y 1863, y en tal virtud la situación jurídica del subsuelo se modificó, contrariando la tradición legislativa del país sobre la propiedad minera. Se declaró entonces que pertenecían a la Confederación los baldíos, las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y de sal gema que se encontraran en terrenos nacionales o particulares; se autorizó a los Estados Soberanos a regular los asuntos que no fueron competencia de la Confederación, por lo que procedieron a legislar sobre el régimen minero de cada uno. En este período se expidió el Código Fiscal de 1873, y en el artículo 1116 se reservó la propiedad de las minas y depósitos de carbón, grano y cualquier otro abono; ...en tanto que por el artículo 1126 se declaró como pertencientes a la Unión las minas de cobre, hierro y demás metales no preciosos, las de azufre y otros no expresados en el Título 14 del Código, entre los cuales figura el petróleo.

Fue en este mismo período que se expidió la Ley 127 de 1867 o Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia, adoptado luego para toda la República, previamente concordado con el nuevo régimen constitucional, mediante la Ley 38 de 1887, estatuto que determinó la propiedad de las minas de esmeraldas y sal gema, para la Nación; las de oro, plata, platino y cobre, para el Estado, y todas las demás para el propietario del terreno.

Para el tercer período, iniciado con la expedición de la Constitución Nacional de 1886, el sistema anterior fue modificado, al implantarse nuevamente el dominio eminente, como titular el Estado (artículo 4 y 202), no sólo de las minas que pertenecían a los Estados Soberanos, sino a las cobijadas por la reserva federal hasta entonces vigente. El nuevo sistema se consagró en el artículo 202 de la Carta, del cual más adelante se ocupará la Sala, dada su importancia para la decisión de este litigio.

Conviene hacer referencia al artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, mediante la cual se adoptó el Código de Minas de Antioquia, previa adecuación al nuevo modelo

constitucional, cuyo artículos 5 y 11 establecieron: "En donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo, hasta el 7 de septiembre de 1886, en que empezó a regir la nueva Constitución, cada uno de se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esa heredad serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley, con la excepción de que tratan los artículos 3o. y 4o. de esta ley. Así mismo, según el artículo 11, "el titular de las minas que, pasando cinco año desde la fecha de la adjudicación, no hubiere establecido trabajos formales de explotación, perderá el derecho adquirido aún cuando pague el respectivo impuesto. Igual pena sufrirá el adjudicatario cesionario que después de establecidos los trabajos dichos, los suspenda por más de un año, salvo fuerza mayor o caso fortuito".

Por virtud de lo previsto en el Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos), en el artículo 5o. se consagró como de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otras causa legal.

Culmina este tercer período con la expedición de la Ley 20 de 1969, sus decretos reglamentarios y la Ley No. 97 de 17 de diciembre de 1993, "por la cual interpreta con autoridad la Ley 20 de 1969 y se dictan otras disposiciones".

Norma fundamental, según se ha visto, en el actual sistema de propiedad misma, fue el artículo 202 de la Constitución Nacional de 1886, que establece:

> **"Artículo 202.-** Pertenecen a la República de Colombia:
>
> 1o. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana el 15 de abril de 1886.
>
> "2o. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de estos por la nación a título de indemnización.
>
> "3o. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas".

De la anterior disposición con cuya vigencia del Estado, por el tránsito del sistema federal, al sistema unitario, reivindicó la propiedad de todas las minas y de los yacimientos de hidrocarburos existentes en el territorio nacional, "sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros".

Fue precisamente para restablecer la propiedad estatal sobre los yacimientos mineros que dictó la Ley 38 de 1887, anteriormente transcrita en su artículo 5o. según

el cual, si la expectativa de derecho que el propietario del suelo tenía sobre el subsuelo no se concretaba por omitir en el término legal la búsqueda y denuncia de las minas o del yacimiento, el prentendido derecho se extinguió, pues ese fue el sentido de la norma; que todas las minas y yacimientos pasaran a ser propiedad de la Nación, y que aquellos sobre los cuales existieran derechos constituídos se concretaran en los términos de ley, lo que al ser pretermitido originaron la extinción del pretendido derecho constituído.

Cabe anotar cómo en torno de las llamadas simples expectativas y derechos constituídos, sobre el subsuelo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha tenido oportunidad de pronunciarse.

La Corte, en sentencia de 12 de junio de 1913, sostuvo "que los derechos constituídos a favor de terceros sobre toda clase de minas, a que se refiere el artículo 202 de la Constitución, no son otros que los referentes a las minas denunciadas, tituladas y explotadas de acuerdo a las leyes anteriores a la expedición de la Carta Fundamental", y que excluídos esos derechos, "todas las minas de cualquier otra clase, y sustancias que sean, son propiedad del Estado". En igual sentido la misma Corporación, Sala de Negocios Generales, en providencia de 29 de agosto de 1963, actor: Arcesio Mejía Hoyos expresó que "los derechos constituídos de que habla el ordinal 2o. (del artículo 202 de la Constitución) no son otros que los adquiridos conforme a la legislación anterior, o sea, las situaciones jurídicas individuales creadas a su amparo", precisando además que la excepción consagrada en el artículo 202 "sólo ampara situaciones jurídicas individuales, y la Ley 127 -como las demás de los Estados Soberanos que establecieron el sistema de la accesión- sólo pudo crear una situación impersonal y abstracta, por los motivos ya expresados y además, porque no podía ser objetiva o concreta en relación con cosas cuya existencia todavía se ignoraba cuando entró a regir el precepto constitucional, es decir, respecto de las cuales aún no se había consumado el hecho que podía producir la adquisición del dominio, ya que el derecho adquirido es el efecto jurídico de un hecho cumplido conforme a una normación legal, por lo cual supone el conocimiento y la determinación del objeto a que ese hecho se refiere... La situación de tales minas es análoga a la del tesoro antes del hallazgo, y la condición en que están quienes a éste pueden tener derecho es de simple expectativa, según Lhemann (Tratado de Derecho Civil, vol. I, parte 1a., secc. I, Capítulo III, 12, 11, 4); y según Wolff, antes del descubrimiento o hallazgo no se tiene siquiera una expectativa de derecho; 'el descubrimiento funda (antes de la toma de posesión) para el propietario y para el descubridor en derecho de expectativa de propiedad, enajenable y transmisible por herencia. En cambio semejante derecho no existe todavía antes del descubrimiento del tesoro, y por tanto, al enajenar una finca, no cabe que nadie se reserve derechos sobre tesoros aún no descubiertos' (Henneccerus Kipp Wolff, Tratado de Derecho Civil, T. III, Capítulo III)".

El Consejo de Estado, en providencias de 28 de enero de 1971 y 11 de mayo del mismo año, ambas de la Sección Tercera, compartió los razonamientos anteriores, es

decir la deferenciación que debe hacerse entre las meras expectativas y los derechos constituídos sobre yacimientos petroleros.

La Sala comparte íntegramente lo expresado en las providencias mencionadas y concluye, al igual que en aquellas, que se debe distinguir entre las simples expectativas y los derechos constituídos sobre los yacimientos de petróleo, en cuanto se refieran al artículo 202 de la Constitución de 1886, y que el régimen exceptivo consagrado en dicha norma superior ampara sólo los derechos **constituídos** con anterioridad o posterioridad a la vigencia de dicho canon constitucional. En las anteriores condiciones, si no se da el derecho constituído conforme a la ley, la excepción se desvirtúa y en su lugar prevalece el principio general de que el dominio del subsuelo corresponde en su totalidad al Estado.

Ese mismo concepto de mera expectativa juega importante papel en el entendimiento e interpretación de algunas de las normas que contemplaron la propiedad privada del petróleo, entre ellas los artículos 4o. de la Ley 37 de 1931, 7o. y 10o. de la Ley 160 de 1936, incorporados en los artículos 5o. y 36 del Código de Petróleos.

Precisamente, el actor alude a tales disposiciones, y destaca que el petróleo es de propiedad particular cuando se halle en "terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal". Con fundamento en lo anterior sostiene que posee un justo título proveniente del Estado desde 1777, del cual deriva el derecho reclamado sobre el subsuelo del predio a que se refiere la demanda.

Al respecto anota la Sala que la reclamación que en tal sentido formula el demandante no tiene un carácter indefinido o indeterminado en el tiempo, dado que el plazo debe contarse con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y hasta el 22 de mayo de 1858, fecha en que se modificó el régimen de propiedad sobre el subsuelo minero que desde los tiempos de la conquista imperaba en las tierras descubiertas. Así las cosas, su situación derivada de un título anterior a dicha época no permitiría aplicarle la norma comentada.

Ahora bien, en cuanto respecta a la aplicación de la Ley 20 de 1969, cuyo artículo 1o. dispone que "todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros", observa la Sala como ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte del demandante y del demandado. Para aquel, prevalece el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 11 de julio de 1988 que determinó: "a) La propiedad de las minas, reconocida en actos administrativos, o en sentencias definitivas y la de los yacimientos de hidrocarburos reconocida en sentencias judiciales ejecutoriadas, anteriores al 22 de diciembre de 1969, no requieren la vinculación del derecho a yacimientos descubiertos ni la demostración de ese vínculo" y, "b) el artículo 3o. de la Ley 20 de 1969 no es aplicable a los depósitos de hidrocarburos".

De tales conclusiones, salvó su voto el señor Consejero doctor Humberto Mora Osejo, cuyos planteamientos en los actuales momentos comparte la Sala y en lo pertinente les da cabida en esta providencia.

Le asiste razón a la entidad demandada cuando sostiene que no puede conminársele para que acoja el concepto aludido, por cuanto el mismo no tiene carácter obligatorio y además fue rendido con anterioridad a la expedición del Decreto 1994 de 1989, reglamentario de la Ley 20 de 1969, que precisó la fecha en que los yacimientos debían haber sido descubiertos y definió lo que debía entenderse por "yacimiento descubierto".

Sin duda, como se sostuvo en la ponencia para primer dabate del proyecto de ley en el Senado de la República, la norma del artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 "en realidad es la ratificación legal del artículo 202 de la Constitución Nacional. En tal sentido no introduce principio jurídico nuevo o distinto de lo que ordenó el constituyente de 1886, pero aclara que los derechos constituídos a favor de terceros sólo comprenden las situaciones jurídicas concretas, específicas como son en la jurisprudencia y en la doctrina los derechos adquiridos. La norma, pues, es interpretativa y aclaratoria, no creativa del derecho".

En la misma exposición de motivos se concluyó, como anteriormente se comentó, que desde la vigencia de la Constitución de 1886 la República recobró el dominio de todas las minas que se hallaban en el territorio nacional, lo que significó volver al régimen de propiedad del subsuelo minero que existía antes del 22 de mayo de 1858 cuando se inició el régimen de la Federación. Igualmente, se advirtió, que las excepciones relacionadas con los derechos constituídos a favor de terceros y los derechos adquiridos por los descubridores y explotadores de algunos yacimientos "se refieren, de manera exclusiva, a aquellas situaciones jurídicas individualizadas y concretas vinculadas directamente a un depósito minero específicamente determinado y siempre que tales situaciones hubieren estado legalmente perfeccionadas en el momento de entrar en vigencia la Carta Política del 86..." (Historia de las Leyes, Legislatura de 1969).

Sobre el particular, se señala en el salvamento de voto aludido, que este régimen jurídico obedece a la finalidad expresada por don Miguel Antonio Caro en el Consejo Nacional de Delegatorios, de hacer que la Nación "conserve los bienes anexos al atributo de la soberanía, como son el subsuelo y los baldíos", de tal forma que el artículo 202 de la Carta, implicó en buena parte, si no una nacionalización, una restauración o recuperación del dominio del Estado sobre las minas y los yacimientos de hidrocarburos.

De lo anterior, según el salvamento de voto mencionado, resulta que el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 no convalida situaciones ni derechos anteriores a la fecha de vigencia de la ley, sino que a partir de ésta exige que el derecho constituído se radique en un yacimiento descubierto con el objeto de poner en consonancia la legislación con el artículo 202 de la Constitución. En consecuencia, continúa, "el precepto que se

comenta no tiene carácter retrospectivo, ni menos retroactivo, que permita interpretarlo como convalidante de las meras expectativas anteriores a su vigencia; la disposición exige, ni más ni menos, que se cumpla el artículo 202 de la Constitución y que, por lo mismo, la excepción que contempla consiste en derechos constituídos en yacimientos descubiertos. En otros términos, antes y después de que entrara en vigencia la Ley 20 de 1969, las excepciones, en cuanto tienen idéntico fundamento constitucional, deben tener el mismo tratamiento en la ley".

Los razonamientos anteriores de los cuales infiere la Sala que para la época de su reclamación el actor sólo contaba con una mera expectativa, más no con un derecho constituído a su favor, para así reclamar la propiedad del subsuelo de los terrenos cuya titularidad alega, encuentra mayor respaldo con la expedición del Decreto 1994 de 1989, reglamentario de la Ley 20 de 1969, en cuanto consagró que la excepción derivada de los derechos constituídos a favor de terceros, "a partir del 22 de diciembre de 1969, sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada, por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica y que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos".

Con relación a la norma antes referida, cuya inaplicación pretende el actor, estima la Sala que no el asiste razón al demandante, dado que dicha norma no hizo cosa diferente de aclarar el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, en armonía con el artículo 202 de la Carta Política de 1886, sin que tal acto implique, un criterio de la Sala, la violación del artículo 4o. de la actual Constitución, ni del artículo 332 *ibídem,* de acuerdo con las consideraciones anteriormente expresadas, al hacer referencia a los derechos constituídos.

Por el contrario, es ostensible que el demandante no acreditó, a pesar de los requerimientos que se le hicieron, el título específico, de adjudicación de hidrocarburos como mina o la sentencia definitiva que reconociera su derecho sobre el subsuelo, o bien, la vinculación a uno o varios yacimientos descubiertos, ya para la época de su solicitud o para la fecha de expedición de la resolución demandada. En tales condiciones no había lugar a que el Ministerio declarara la propiedad privada del subsuelo de un inmueble, respecto del cual el actor no demostró los requisitos legales necesarios para acogerse al régimen exceptivo previsto especialmente por la Constitución y la ley respecto "de los derechos constituídos a favor de terceros", en los términos del artículo 202 de la Constitución Nacional de 1886.

Con miras a evitar equívocos, dudas y contradicciones en la interpretación de los artículos 1o. y 13o. de la Ley 20 de 1969, el propio legislador mediante Ley 97 de 1993 fijó el concepto de derechos constituídos a favor de terceros como "las situaciones

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969". En el artículo 2o., determinó que existe yacimiento descubierto de hidrocarburo "cuando mediante perforación con taladro o con equipo asimilable y las correspondientes pruebas de fluídos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos y que se comporta como unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de fluídos".

Por último, en el artículo 3o. de la Ley 97 de 1993 se determinó que "las disposiciones contenidas en los artículos primero y segundo de la presente ley, constituyen la única interpretación autorizada de la Ley 20 de 1969, artículos primero y trece".

Así las cosas, en criterio de la Sala, la interpretación que hizo el legislador con autoridad (artículo 25 del C.C.), al coincidir en lo fundamental con el contenido del acto demandado y con las consideraciones expresadas en esta providencia, conducen sin vacilación alguna a que se mantenga la resolución acusada y consecuencialmente se denieguen las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

DENIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia proferida por la Sala de Negocios Generales del 29 de agosto de 1963, actor: Arcesio Mejía Hoyos.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO- Inexistencia/ **EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD**-Causales/**CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA**-Exceso de Velocidad/**SEMOVIENTE**

Encuentra la Sala suficientes elementos de convicción acerca de que la causa del accionante radicó en la conducción irresponsable y culposa del automotor, en cabeza del chofer fallecido y del ayudante. Los testimonios recaudados si en algo conciden es en señalar como causa del accidente el exceso de velocidad que traía el bus de transporte público, en circunstancia de tiempo, modo y lugar absolutamente inadecuados para el manejo de dicho vehículo. Cuestionable es el comportamiento del conductor fallecido cuando transita de noche iluminando a otro vehículo que viajaba sin luces. Reprochable frente a la empresa transportadora, frente al propietario del vehículo y sobre todo frente a las personas que confían su transporte a un supuesto conductor responsable, que este último entregue al manejo del bus a su ayudante, persona esta de quien ni la empresa, ni los pasajeros tiene la menor referencia de su oficio como conductor. Inaceptable y jurídicamente reprochable que en zona escolar, en sector de ganadería, al parecer con fines de competencia por conseguir pasajeros en El Playón, se arriesgue la vida e integridad de los ocupantes del bus, por un irresponsable y criminal exceso de velocidad en horas de la noche. Coinciden las apreciaciones testimoniales sobre la excesiva velocidad del bus, con las huellas y destrozos dejados por el vehículo en su prolongado recorrido desde cuando impactó al búfalo, hasta cuando fue detenido por un árbol de considerable tamaño. Pero no sólo cuenta el exceso de velocidad, conducta ya considerada como

irresponsable e imprudente sino que también ignoró el conductor del bus la señalización preventiva que obliga a disminuir la velocidad y a conducir con una mayor precaución. Avisos como "zona escolar", "despacio paso de estudiantes", "curva a la izquierda", "prevención, "para su seguridad use el camino peatonal", nada significaron para el peligroso chofer, quien termerariamente y con la complacencia del conductor titular superaba la máxima velocidad permitida. Se dio aquí la eximente de responsabilidad conocida como culpa exclusiva de la víctima, la que rompe el nexo de la causalidad entre el hecho de la administración y el daño ocasionado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8017. Actor: Cibel Antonio Carmona Sosa. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia de 4 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR administrativamente responsable al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- de los daños y perjuicios causados al demandante CIBEL ANTONIO CARMONA SOSA a raíz de la destrucción parcial del bus de placas XKI-682 (antes XK-9682), marca Chevrolet, Modelo 1987, afiliado a la empresa COPETRAN, en accidente ocurrido el 10 de mayo de 1990 en comprensión municipal de El Playón, frente al centro agropecuario "Aguas Calientes" del SENA, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar a que se hizo referencia en la parte motiva de este fallo, con la reducción o compensación anotada.

"SEGUNDO: CONDENAR AL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- en abstracto a pagar al demandante CIBEL ANTONIO CARMONA SOSA el valor de los perjuicios materiales causados (DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE) como consecuencia de los hechos a que se hizo alusión en el punto anterior, los cuales se liquidarán en la forma establecida en el artículo 172 del C.C.A. y con la deducción del 50% derivada de la compensación de culpas.

"TERCERO: Declarar probada la EXCEPCION de compensación de culpas propuesta por la parte demandada y no probada la de CULPA total de la víctima.

"CUARTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

"QUINTO: EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- dará cumplimiento a este fallo dentro de los términos señalados en los artículos 176 y 177 del C.C.A."

2o. Fundamentos de hecho:

Lo sucedido se relata así en la demanda:

"1o.) El 10 de mayo de 1990, el bus de placas XKI-682 (antes XK-9682), marca Chevrolet, modelo 1987, afiliado a COPETRAN, No. interno 301, conducido por el señor CRESCENCIO OJEDA MORENO, transitaba normalmente sobre la vía al mar, en comprensión municipal de El Playón (Santander), frente a las instalaciones del Centro Agropecuario "Aguascalientes", cuando súbitamente se cruzó sobre la carretera un búfalo de ese mismo centro, ocasionando un terrible desastre, en el cual murió el conductor del bus, murieron dos estudiantes del mismo SENA, y resultaron gravemente heridas dos personas, entre ellas el ayudante del bus. El automotor quedó parcialmente destruído.

"2o.) El vehículo accidentado es de propiedad del demandante, quien ejerce, además, la posesión del mismo, con *'animus domini'*.

"3o.) Los costos de reparación del automotor hubo de sufragarlos el demandante.

"4o.) Por tratarse de un bien adquirido como producto del esfuerzo personal y de su trabajo honrado, y por la gravedad de la tragedia en que se vió envuelto su vehículo, con todas sus implicaciones jurídicas, al actor se le causó, además de un daño material, un daño moral subjetivo, cuya existencia se establecerá en el proceso, por los medios ordinarios de prueba.

"5o.) La paralización del automotor acarreó al demandante un considerable lucro cesante".

3o. Actuación procesal.

El establecimiento público demandado al contestar la demanda propuso las excepciones de culpa de la víctima y compensación de culpas, por cuanto considera que el accidente se produjo por la imprudencia del conductor al no respetar las señales preventivas sobre el paso de animales y de estudiantes. Manifiesta además que el búfalo no estaba atravesado en la vía sino que se hallaba sobre la berma y resultó golpeado porque el automotor perdió estabilidad con las consecuencias funestas conocidas. La compensación de culpas la plantea en el hipotético caso de que el animal hubiese aparecido súbitamente en la carretera.

En su alegato de conclusión reitera que el daño se causó por culpa de la víctima dada la excesiva velocidad que llevaba el bus accidentado, cuyo control a velocidad

normal hubiera evitado los perjuicios que ocasionó. Aduce también que posiblemente la Aseguradora Colseguros S.A., de acuerdo con la póliza de seguros de automotores No. 11268795 y de daños corporales No. 211-0407526-0, debió cancelar el monto de los daños materiales, por lo que no puede el actor pretender otra indemnización del Estado.

La parte demandante a su vez cuestiona la presencia del búfalo en la carretera y sostiene que por causa del impacto el sistema de frenos del bus se descompuso y el conductor perdió el control del mismo. Afirma que demostrada la falla del servicio, la culpa de la víctima debe demostrarse fehacientemente, en aquellos casos de actividades peligrosas. Por último, considera que los búfalos no se pueden considerar como animales domésticos.

El agente del Ministerio Público consideró que las pretensiones del actor no debían prosperar en razón a que se presentó la culpa de la víctima "por el exceso de velocidad en que venía el automotor y que fue la causa determinante del accidente".

4o. La sentencia apelada.

Considera el Tribunal que "el SENA falló en la obligación de mantener este búfalo en un lugar seguro y no permitir que deambulara por los contornos del establecimiento sin control, constituyéndose la denominada *"culpa in vigilando"* que necesariamente en lo que atañe al Estado tipifica la denominada "falla del servicio" que compromete su responsabilidad en los perjuicios que se causaron por esta negligencia". Aparte de lo anterior, el *a-quo* tuvo en cuenta el exceso de velocidad del bus colisionado en un sector que exigía prudencia especial por ser de tránsito estudiantil, en el cual la velocidad debía reducirse por debajo del límite normalmente autorizado. La velocidad la infiere el Tribunal del sitio donde quedó el búfalo, de los destrozos del automotor y los causados en su trayecto sobre árboles, cercas y malezas, así como las huellas dejadas en un recorrido de cien metros.

Estima el fallador de primera instancia que la responsabilidad debe ser compartida y con apoyo en el artículo 2357 del C.C., determinó que el establecimiento demandado debe asumir un 50% de la responsabilidad, "por considerarse en esta proporción el grado de culpabilidad de la víctima en el hecho causante del daño".

Para efecto de liquidar los perjuicios, tomó el *a-quo* como daño emergente el valor de la reparación del bus por la suma de $4.340.000 y como lucro cesante el monto que resulte de cuantificar la condena en abstracto impuesta, de acuerdo con las pautas consignadas en la sentencia. Al reconocimiento indemnizatorio por perjuicios morales no accedió el Tribunal.

5o. Razones de la apelación.

La apoderada del SENA solicita que se revoque la sentencia "en lo que hace relación a la compensación de culpas para en su lugar declarar probada la propuesta

como culpa de la víctima, y en consecuencia el demandado ha de resultar absuelto en su totalidad", tal petición la basa en las razones ya expresadas al contestar la demanda y alegar de conclusión.

El apoderado del actor cuestiona el fallo anterior en razón a que no se le puede proponer al propietario del bus la culpa de su conductor, dado que en este proceso sólo se reclama por los daños ocasionados al automotor y no por el fallecimiento de Crescencio Ojeda Moreno, su conductor. Con respecto a la velocidad del vehículo accidentado sostiene que por tratarse de una hora nocturna cuando no hay estudiantes, los avisos de prevención carecen de significado. Reitera el daño en el sistema de frenos y así mismo cuestiona la domesticidad del búfalo y el dictamen de los peritos sobre el particular. Minifiesta además que en otro proceso que se adelanta por la muerte de Crescencio Ojeda Moreno, se estableció que no era éste quien iba conduciendo el bus, sino que era su ayudante Gonzalo Martínez Merchán, a quien se le encargó el manejo porque Ojeda Moreno se sentía mal de salud y tenía licencia de conducción de 10a. categoría.

El apoderado de la entidad demandada alegó de conclusión en el escrito visible a folios 343 a 348, para solicitar, con respaldo en las razones expuestas en primera instancia, la revocatoria de la sentencia, y exonerar de toda responsabilidad al SENA con fundamento en la excepción de culpa de la víctima.

Cabe anotar que por disposición oficiosa la Sala ordenó la práctica de algunas pruebas de carácter necesario para efectos de la decisión de este proceso, las cuales ya fueron practicadas.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra en este proceso debidamente acreditados los siguientes puntos:

1. Que Cibel Antonio Carmona Sosa es el propietario del bus accidentado (XK-9682), según lo certifica el jefe del Departamento de Matrículas de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga (folio 74).

2. Que para el día del accidente "el propietario y asociado de la Cooperativa... es el señor Cibel Carmona Sosa", según lo informan la Oficina Jurídica de la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., COPETRAN (folio 65) el Director Regional del INTRA en Santander (folio 89).

3. Que el 10 de mayo de 1990, a eso de las 7:45 de la noche, el bus afiliado a la empresa de transporte Copetrán, marca Chevrolet, de placas XKI-682, supuestamente conducido por Crescencio Ojeda Moreno, se accidentó a la altura del kilómetro 49 que conduce de Bucaramanga hacia San Alberto, frente a las instalaciones del Centro Agropecuario del SENA, al colidir contra una búfala, a causa de lo cual fallecieron el conductor del vehículo, dos estudiantes del SENA y lesionados una pareja y el ayudante del bus, aparato este que sufrió serios y considerables desperfectos (folio 2).

4. Que las reparaciones del bus accidentado según constancia del Gerente de Industrias Los Andes de Bucamanga, fueron valorados en la cantidad de $5.340.000.oo, (folios 3 y 195).

5. Que la búfala accidentada era de propiedad del SENA y que el Centro Agropecuario de Aguas Calientes pertenece al mismo Servicio Nacional de Aprendizaje, Regional de Santander (folio 112).

6. Que desde el mes de mayo de 1989 hasta el mes de mayo de 1990 inclusive, la empresa Copetrán canceló "en bruto" al demandante por concepto de viajes del bus XKI-682, la suma de $25.307.000.oo y descontó por retención en la fuente (1%) $253.070.oo; por aporte a la empresa (6%) $1.518.420.oo; por aportes al Fondo del Socio (5%) $1.265.350.oo y por aporte al Fondo de Solidaridad (1%) $253.070.oo (folios 357 - 358).

7. Que el bus XKI-682 "no trabajó en parte de los meses de mayo y junio/90; en el mes de julio del mismo año aparece cobrando la suma de ... $379.000.oo y en el mes de agosto la suma de ... $2.669.000.oo; por el resto del año aparece cobrando sumas similares" (folio 358).

8. Que el demandante Carmona Sosa recibió del fondo establecido para casos de accidente, la suma de $1.500.000.oo en mayo de 1990 y en agosto del mismo año $2.260.000.oo (folio 358).

9. Que frente a las instalaciones del Centro Agropecuario de Aguas Calientes del SENA, seguramente porque derribó las cercas que la acorralaban, una búfalo (hembra) de propiedad del ente demandado al salir hacia la carretera que de Bucaramanga conduce a San Alberto, fue atropellada por el bus de la empresa de Copetrán distinguido con las placas XKI-682, vehículo cuyo conductor no fue capaz de controlar y sólo, luego de dejar un rastro de víctimas humanas y daños materiales fue detenido por un árbol gigantesco, muchos metros después de la colisión.

Así concluye la Sala con fundamento en las siguientes pruebas:

a) Las fotografías aportadas (folios 159 a 164) y las obrantes a los folios 232 a 240; las primeras tomadas en la mañana siguiente del accidente, y las segundas, captadas en el curso de la inspección judicial practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Playón según comisión encomendada en este proceso por el Tribunal Administrativo de Santander.

b) Informe del accidente y croquis del mismo levantado por el Inspector Municipal de Policía de El Playón (folios 12 y 12v.).

c) Plano elaborado por el SENA en el lugar de los acontecimientos (folio 34).

d) Los testimonios de Jorge Alberto Rodríguez Ortiz: "Porque se encontraron unas cuerdas reventadas, por eso presumimos que la búfala fue y por ahí se salió..." (folio

141 v.); Víctor Manuel Rodríguez Gamboa (Inspector): "...Me dispuse a levantar el respectivo croquis, hallando a veinte metros del puente de la quebrada "Aguas Calientes" en sentido norte-sur, de la carretera, las huellas dejadas por un semoviente que fue arrastrado en forma horizontal, en un trayecto de cuarenta metros.

"Al constatar el semoviente, observé que se trataba de un búfalo hembra de aproximadamente 650 y 750 kilogramos de peso que se encontraba muerto... Observé también, que el bus... al parecer del impacto con el búfalo salió hacia el lado izquierdo... cerca a un árbol frondoso encontré el cadáver de un estudiante del SENA, seguí tras el recorrido que hizo el bus donde hallé, un número de troncones de la cerca derribados... como también unos árboles nacientes derribados y otros astillados y casi a la entrada del Centro Agropecuario, hallé otro cadáver, que al averiguar de quién se trataba, el auxiliar del bus que se encontraba herido, me dijo que era el conductor del bus... éste se encontraba ya estacionado... y sobre los restos de los bloques, teja de una caseta que allí existía... Al medir todo el recorrido que hizo el bus por fuera de la vía dio una longitud o extensión de 95 a cien metros... el semoviente búfalo se encontraba con un pedazo de nylon largo lazo que pendía de la nariguera, cosa que deja entrever de que estaba suelto y según el sitio donde se observó (sic) las huellas dejadas al momento del impacto estaba parado sobre el pavimento al borde de la línea blanca de la berma..." (folios 143 a 147).

Igualmente el testimonio de Wilson Jaimes Muñoz, enseña que "lo que percibimos que venía a gran velocidad el automotor... nos dimos cuenta que era un bus... el bus alumbró al animal, se sintió como un golpe y en ese instante se nos vino encima... lo único que sí vi era que era de obscuro y que estaba siempre a la orilla de la carretera en la línea del lado contra el monte, como que iba a pasar... (los búfalos) permanecen en corrales pero tienen mucha fuerza y evaden con facilidad las cuerdas... En línea recta fueron como setenta metros, pero el bus se pasó a la otra calzada y prosiguió y cogió un cerco de polines en línea recta, en esos cercos había cuatro árboles de unos 25 centímetros de diámetro, pasó la cerca y los árboles los dobló, dos arrancó... y cuando salió de los árboles se metió a la puerta... pero no le pegó a la puerta, derribó una caseta dentro del establecimiento y siguió y cuando llegó a un árbol de gran magnitud se paró... Considero por mi parte, ya que soy chofer,... al exceso de velocidad del bus, pero habiendo, un obstáculo en ese momento no se sabe si fue falla por rapidez del chofer o que no alcanzó por la velocidad... la visibilidad no era bastante buena..." (folios 248 a 253).

El testigo Angel María Quiroga Castro, sostiene que venían dos buses compitiendo para recoger pasajeros en El Playón, además afirma que "sí hay bastantes señales, viniendo de Norte a Sur, dice la primera: ZONA DE ESTUDIANTES, una que indica: DESPACIO y por el lado del alojamiento o camino peatonal, hay luces.... Eso es plano, cualquier persona puede ver un animal desde cien, ciento cincuenta o doscientos metros... el conductor venía manos (sic) o menos cien a ciento diez kilómetros por hora, además tumbó unos palos nacientes más o menos de setenta y cinco centímetros de

grosor... hay letreros que dicen zona escolar... (causa) al exceso de velocidad del bus;..." (folios 359 a 365).

e) La inspección judicial practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Playón, en el proceso No. 7004 del Tribunal Administrativo de Santander, prueba trasladada a este proceso, de la cual se destaca: "Para efectos de describir las señales de tránsito y demás señales existentes en la vía, el señor juez ordenó hacer un recorrido similar al que traía el bus, al momento de la tragedia... Una señal de tránsito que indica "Zona escolar" y que por el lado posterior está la inscripción "ENE-86"... en una distancia de 38.70 metros existe otra señal que dice "Despacio paso de estudiantes"... es una distancia de 122.30 metros aproximadamente se encuentra otra señal de tránsito que indica semicurva a la izquierda... sobre una posta de madera que sirve para alumbrado se encuentra un letrero que dice "Peligro salida de ganado"... siguiendo la misma dirección... se encuentra un letrero que dice "Prevención para seguridad use el camino peatonal".

10. Que el señor Crescencio Ojeda Moreno, conductor titular del bus y quien falleciera en el accidente, al momento de presentarse el mismo, no manejaba el bus, sino que lo hacía Gonzalo Martínez Merchán, auxiliar o ayudante en el automotor mencionado. Así lo deduce la Sala de los testimonio de Wilson Jaimes Muñoz, quien relata que "me tropecé con una persona ahí en el piso y lo que alcancé a apreciar estaba maltratado de una pierna, luego me enteré que era el chofer del bus..." (folio 250); el declarante Angel María Quiroga Castro, en lo pertinente manifestó: "Un compañero mío se quedó sacando al ayudante del bus en el cual los pasajeros decían que él era el que venía manejando desde Aguachica. Después hablé con unos pasajeros en el cual me comentaron que el que venía manejando era el ayudante... Porque los pasajeros dijeron que venía manejando el ayudante porque en Aguachica habían cambiado..." (folios 359 a 365). Así mismo en la diligencia de inspección judicial, Luis Alonso Ardila Pico declaró: "...por lo que me di cuenta del accidente, parece que el auxiliar era el que venía manejando debido a que este señor se encontraba lesionado en la parte donde recibió el golpe del bus, en la parte izquierda o sea que, él estaba lesionado del brazo izquierdo y la pierna izquierda..." (folio 370). Más precisa fue la declarante en el otro proceso, Fanny Molina Ortiz, quien relata que "el chofer iba dándole luz a un bus que iba adelante porque el bus no llevaba luz... el bus paró se detuvo hubo cambio el ayudante se pasó para la silla del chofer y el chofer a la silla donde yo estaba... ví que el chofer estaba en la sillita donde yo iba... el ayudante conducía a partir de ese momento el bus... Porque me asomé y me paré y miré y lo ví manejando a él y el chofer en la silla donde yo iba..." (folios 373 y 374).

Contrasta con las pruebas anteriores la declaración juramentada de Gonzalo Martínez Merchán, cuya conducta deberá investigarse penalmente, quien manifestó: "...veníamos el diez de mayo del año en curso en el bus 301 de COPETRAN conducido por CRESCENCIO OJEDA, yo venía como auxiliar o ayudante;... se atravesó un búfalo en la carretera y nos estrellamos contra él... Entre ochenta y sesenta kilómetros

por hora.... El conductor iba manejando correctamente, con cuidado porque él era muy cuidadoso, nosotros vimo el animal encima y él accionó el freno y perdió la estabilidad del carro...". Al preguntársele concretamente: "En algún momento del trayecto usted manejó el bus? CONTESTO: En ningún momento".... "Sí habían las señales, unas señales; algo así como "estudiantes o ganado, no recuerdo bien cómo eran las señales, pero sí ví unas señales".... El tomó sus precauciones, le mermó a la velocidad..." (folios 95 a 96 v).

La mentirosa actitud de este testigo fue advertida por el apoderado de la parte actora al apelar el fallo de primera instancia, al expresar que en el otro proceso "pudo establecerse que quien iba conduciendo el bus al momento del accidente no era el señor Ojeda, sino el ayudante, señor Gonzalo Martínez Merchán..."

De las comprobaciones anteriormente relacionadas, la Sala obtiene las siguientes conclusiones:

1. Efectivamente la noche del accidente sí se encontraba el semoviente -búfalo- de propiedad del SENA, por fuera de los corrales, pues al parecer había reventado la cuerda o lazo de nylon y roto la cerca, para en esa forma llegar hasta la carretera, en donde se encontraba al momento del accidente. Así pues, sobre la presencia del aludido animal en la carretera, ninguna duda le cabe a la Sala. Otra cosa es la ubicación del bóvido en la carretera y sobre todo su incidencia en el accidente.

Sobre este particular, el de la situación del búfalo en la carretera, en la demanda se afirma que "súbitamente se cruzó sobre la carretera un búfalo" manifestación que probatoriamente no fue respaldada en el proceso, dado que, como más adelante se precisará, el testimonio que más podría avalar esa afirmación, el del "ayudante" del bus Gonzalo Martínez Merchán, no merece credibilidad alguna con relación a la forma como sucedió el accidente. Los demás testigos ubican al animal sobre "la orilla de la carretera, en la línea del lado contra el monte" (folio 249); "... según el sitio donde se observó las huellas dejadas al momento del impacto estaba parado sobre el pavimento al borde de la línea blanca de la berma" (folio 145 v), pero ninguno, absolutamente ninguno manifiesta que se encontrara sobre la calzada, invadiendo la vía u obstaculizando el tránsito normal de los vehículos.

El testigo Martínez Merchán, manifestó que "es una búfala grande, más grande que un toro, color negro o como gris. Salió de insofacto (sic) del lado derecho de la vía, salió de una vez la carretera". Tal declaración, sin embargo, no es de recibo para la Sala por cuanto proviene de la persona que conducía el bus al momento del accidente, quien sin dificultad por lo menos moral, no vaciló en esquivar su responsabilidad penal y civil atribuyendo el manejo del bus a Crescencio Ojeda quien por haber fallecido no podía desmentirlo y en su contra no había lugar a la prosperidad de las acciones legales pertinentes. Tal posición admitida a última hora por el apoderado de la parte actora ciertamente resulta legal y procesalmente cuestionable, hasta el punto de que la conducta del testigo mencionado debe investigarse, por parte de la justicia penal para

que determine el punible o punibles en que hubiere podido incurrir no sólo por la conducción del vehículo causante de las muertes y lesiones, sino por su actuación engañosa ante las autoridades judiciales que han recaudado sus declaraciones. En las anteriores condiciones, concluye la Sala que no se acreditó suficientemente que la causa del accidente hubiera sido el búfalo al salir a la carretera. Esta deficiencia probatoria sobre el aspecto fundamental de la demanda conduce necesariamente a dar por no probada la falla del servicio como generadora de los hechos dañosos.

2. Por el contrario, encuentra la Sala suficientes elementos de convicción acerca de que la causa del accidente radicó en la conducción irresponsable y culposa del automotor, en cabeza del chofer fallecido y del ayudante Martínez Merchán.

Los testimonio recaudados si en algo coinciden es en señalar como causa del accidente el exceso de velocidad que traía el bus de transporte público, en circunstancias de tiempo, modo y lugar absolutamente inadecuadas para el manejo de dicho vehículo. Cuestionable es el comportamiento del conductor fallecido cuando transita de noche iluminando a otro vehículo que viajaba sin luces. Reprochable frente a la empresa transportadora, frente al propietario del vehículo y sobre todo frente a las personas que confían su transporte a un supuesto conductor responsable, que este último entregue el manejo del bus a su ayudante, persona ésta de quien ni la empresa, ni los pasajeros tiene la menor referencia de su oficio como conductor. Inaceptable y jurídicamente reprochable que en zona escolar, en sector de ganadería, al parecer con fines de competencia por conseguir pasajeros en El Playón, se arriesgue la vida e integridad de los ocupantes del bus, por un irresponsable y criminal exceso de velocidad en horas de la noche.

La excesiva velocidad no sólo la sostiene testimonialmente, el presencial Wilson Jaime Muñoz cuando atribuye el accidente "al exceso de velocidad del bus"; se deduce también del dicho de Angel María Quiroga, quien afirma que "...el conductor venía manos (sic) o menos cien o ciento diez kilómetros por hora...", y como causa la atribuye "...al exceso de velocidad del bus..."; si no que se deduce claramente del violento recorrido aproximado de 100 metros entre el golpe al búfalo y la detención del bus contra un gran árbol que terminó su dantesca trayectoria.

Los daños materiales del bus, evidenciados gráficamente en las fotografías, no fueron producidos por el bóvido. La dimensión de los mismos, los destrozos mecánicos y de carrocería no guardan proporción alguna con las lesiones del animal fallecido. En cambio, sí corresponden al impacto contra los horcones de la cerca que derribó, los árboles igualmente tumbados por el bus, los cuales, dada su envergadura, permiten deducir el empuje violento del automotor, sin contar el impacto contra los que no cayeron pero sí fueron por lo menos astillados; a continuación choca contra un muro de ladrillo y lo derriba para finalmente detenerse ante el impacto contra el árbol grande que igualmente se capta en las fotografías.

Ese prolongado recorrido además de los daños materiales, dejó en el camino tres hermanos muertos y otros lesionados. Cómo, se pregunta la Sala, podría admitirse el

supuesto de que el bus viajaba a una velocidad normal, calculada por Martín Merchán entre 60 y 80 kilómetros, para que alcanzara a trasladarse 100 metros aproximadamente sin que los obstáculos que encontró (horcones, árboles y muro de ladrillo) lograran detenerlo? No se requiere sino de un sencillo raciocinio y aplicación de la cotidiana experiencia para concluir que un bus como el accidentado sólo a exceso de velocidad alcanzaba a recorrer tan considerable distancia y con tal evidente impulso. Coinciden así las apreciaciones testimoniales sobre la excesiva velocidad del bus, con las huellas y destrozos dejados por el vehículo en su prolongado recorrido desde cuando impactó al búfalo, hasta cuando fue detenido por un árbol de considerable tamaño.

3. Pero no sólo cuenta el exceso de velocidad, conducta ya considerada como irresponsable e imprudente, sino que también ignoró el conductor del bus la señalización preventiva que obliga a disminuir la velocidad y a conducir con una mayor precaución. Avisos como "zona escolar", "despacio paso de estudiantes", "curva a la izquierda", "prevención. Para su seguridad use el camino peatonal", nada significaron para el peligroso chofer, quien temerariamente y con la complacencia del conductor titular superaba la máxima velocidad permitida, la que de acuerdo con el artículo 148 del Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto 1344 de 1970), era de sesenta kilómetros por hora, y además contrariaba el artículo 138 del mismo estatuto que imponía la obligación de disminuir la velocidad: "2. En los lugares señalados como zona escolar, parque o balnearios... 6. Cuando las señales de tránsito así lo ordenen". Cabe destacar cómo el mismo Martínez Merchán declaró que "sí habían las señales, unas señales; algo así como Estudiantes o Ganado, no recuerdo bien cómo eran las señales, pero sí ví unas señales", a consecuencia de las cuales, sostiene más adelante que "El (el conductor fallecido) tomó sus precauciones, le mermó a la velocidad", manifestación absolutamente mentirosa, no sólo porque el difunto no conducía el bus, sino porque no se tomaron las precauciones. Si las señales preventivas se hubieran atendido, los graves resultados o consecuencias del accidente no se hubieran producido por cuanto el automotor a una velocidad moderada e inferior a sesenta kilómetros por hora habría sido fácilmente controlable, le habrían permitido una buena reacción al conductor suficiente para evadir al semoviente, dada la amplitud de la carretera, la visibilidad y la inexistencia de otro vehículo que le impidiera un libre maniobrar. A tales conclusiones conduce un razonamiento lógico y la diaria experiencia. De ahí el por qué de las señales de prevención y la necesidad de acatarlas.

Con respecto a la deficiencia de los frenos, cuyo pedal se atascó, según lo expresa el conductor y lo corrobora quien reparó el bus, debe la Sala aclarar que dicha falla no se produjo por el golpe a la búfala, sino que fue consecuencia de los violentos impactos contra los distintos obstáculos que en su descontrolada carrera el bus encontró. Al comparar el estado en que el animal quedó, aparentemente sin lesiones visibles, ante al desbaratado frente del automotor fácilmente se concluye que los daños en los frenos surgieron no por el choque contra el bóvido, sino por los posteriores golpes, especialmente contra los árboles y contra el muro de ladrillo que derribó.

4. Las anteriores consideraciones permiten a la Sala atribuir el accidente exclusivamente a culpa de la víctima, dado que fue el conductor del bus quien por conducir a excesiva velocidad perdió el control del automotor y generó los daños materiales reclamados por el actor en este proceso y las pérdidas de vidas humanas y lesiones personales, cuya responsabilidad e indemnización se demandan en otro proceso. Se dio aquí la eximente de responsabilidad conocida como culpa exclusiva de la víctima, la que rompe el nexo de causalidad entre el hecho de la administración y el daño ocasionado.

5. No puede desligarse, como lo pretende el apoderado del actor, para sostener que a su mandante le es inoponible la excepción de culpa exclusiva de la víctima, el hecho de que "aquí no demanda reparación ni Crescencio Ojeda Moreno ni sus herederos o damnificados, ni es la muerte de éste el hecho base de la demanda, sino el daño del bus, que no era suyo..." Para arribar a tal conclusión la Sala tendría que pasar por alto que el bus accidentado lo había afiliado el demandante a la empresa Copetrán y que ésta a su vez, con el conocimiento del propietario del vehículo, había contratado a Crescencio Ojeda Moreno como su conductor. Así las cosas, no resulta legalmente admisible desvincular al dueño del automotor accidentado de la actuación cumplida por su conductor, hasta el punto de que la culpa de éste jurídicamente no comprometa directamente al propietario. De otra parte, resulta innegable que el fundamento de la reclamación indemnizatoria formulada por el actor obedece precisamente a la condición de damnificado por los daños causados a su vehículo con el imprudente manejo de su conductor.

De lo anteriormente expresado concluye la Sala que hay lugar a revocar la providencia recurrida para exonerar consecuencialmente de responsabilidad por los daños del bus al ente público demandado y, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

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 recurrida, esto es, la de 4 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y, en su lugar, se niegan las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en sentencia de 10 de marzo de 1994, exp. 8571, Actor: Flor A. López de Ojeda, Ponente: doctor Juan de Dios Montes Hernández.

ACTOS CONTRACTUALES/CONTROL JURISDICCIONAL/ACTOS SEPARABLES/ACCIONES CONTRACTUALES

Cuando el artículo 77 de la ley se refiere a "los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual", está comprendiendo, bajo una denominación única, a todos los actos, tanto los previos al contrato como los posteriores a su celebración y lo está sometiendo a todos ellos a un recurso único por la vía gubernativa: el de reposición, y a una sóla acción contenciosa: la contractual, salvo que excepcionalmente la propia ley haya permitido que ciertos actos, tres en total, puedan ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimeinto del derecho. En consecuencia con lo anterior y teniendo en cuenta que la acción contractual parte del supuesto de la celebración del contrato; es claro que los actos previos a él, con las excepciones vistas, solamente se podrán impugnar con posterioridad a dicha celebración, conjuntamente con el contrato, o con independencia a él (parágrafo 2o. artículo 77), pero siempre bajo la égida de la misma acción.

TELEFONIA MOVIL CELULAR-Régimen Aplicable/SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

Como la Ley 37 de 1993 es una norma especial que hace remisión expresa al Decreto 222, son los procedimientos en él indicados -y no los de la Ley 80-, los que resultaban aplicables hasta el 1o. de enero de 1994, fecha en la cual entraron en vigencia los señalados por ésta. La dificultad existente para dilucidar la legislación aplicable, deja como conclusión

que la infracción de la ley -en el evento de existir-, no reviste el carácter de manifiesta, como lo exige el artículo 152 del C.C.A. para la procedencia de esta medida. Es un hecho público y notorio -aceptado por el propio recurrente-, que ya se produjo la adjudicación de los contratos; vale decir que el acto cuya suspensión se pide, produjo la plenitud de sus efectos y, por lo tanto, la medida cautelar es inocua y, por lo mismo, improcedente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. 9118. Actor: Antonio José de Irisarri R. Demandado: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

Se deciden los recursos de súplica, ordinarios, interpuestos por el actor (fls. 141-149) y por el agente del Ministerio Público (fls. 151-154) en contra del auto, proferido por el señor consejero sustanciador del proceso el 17 de enero de 1994, que decidió la inadmisión de la demanda.

Dentro del trámite de los recursos se presentó el ciudadano Gilberto Rubiano C., para impugnar la demanda (fls. 155 y 156).

EL AUTO RECURRIDO

La providencia, luego de precisar que el actor ha ejercido la acción de simple nulidad (artículo 84 del C.C.A.), fundamenta su decisión en consideraciones de este orden:

a.- A la demanda presentada el 24 de noviembre de 1993 (cuando aún no había comenzado a regir en su totalidad la Ley 80 de 1993), se le debe aplicar, sin embargo, esta disposición reguladora de la contratación pública.

La anterior conclusión se asienta sobre estos argumentos:

1.- El artículo 81 de la ley le dio vigencia "desde la fecha de su promulgación (28 de octubre de 1993) en lo que toca con los servicios y actividades de telecomunicaciones.

2.- La licitación pública correspondiente se inició con la resolución No. 3618 del **28 de octubre de 1993,** por virtud de la cual se ordenó su apertura.

3.- Por consiguiente, queda por fuera la aplicación del artículo 78 de la ley, sobre los contratos y procedimientos de selección en curso al momento de entrar a regir la ley.

b.- Esclarecido ese primer punto, hace el estudio sobre las modificaciones introducidas por la Ley 80 en el sistema de control jurisdiccional de los actos

contractuales, entendidos éstos como "los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual...", según lo previene el artículo 77 en el inciso 2o.; la nueva reglamentación refundió en una categoría única (la de los actos contractuales), las dos existentes con anterioridad (actos separables y no separables del contrato) y la sometió a un solo régimen de control jurisdiccional: el de la acción contractual, excepción hecha del acto de adjudicación y de aquel por medio del cual se declara desierta la licitación.

> "Estas restricciones las podía imponer el legislador, pues es éste el que señala las medidas, oportunidades y alcances de las distintas acciones. Por esta razón no existe ni existía obstáculo alguno para someter a todos los actos contractuales a un mismo régimen de control, así sean los expedidos durante la etapa selectiva de los contratistas, salvedad hecha de dos actos que verdaderamente ameritan un trato diferente; por ser, cada uno a su manera, los que le ponen fin a dicho proceso selectivo; vale decir, el que adjudica el contrato o el que declara desierta una licitación o concurso, que sí serán posibles de la acción de nulidad y restablecimiento. Para el primero, por mandato expreso del parágrafo 1o. del artículo 77 de la Ley 80; y para el segundo, por interpretación armónica de los artículos 52, 82 y 83 del C.C.A., ya que le ponen fin a la actuación selectiva e impiden continuarla" (fls. 137 a 138).

De todo esto, concluye:

> "Así las cosas, la demanda deberá rechazarse no sólo porque el pliego de condiciones de la Licitación Abierta mediante la resolución No. 3618 de 28 de octubre de 1993, no es susceptible de acción de simple nulidad, sino porque el actor, en su carácter de ciudadano, carece de legitimación para hacerlo. Aunque esta última advertencia hace relación a un presupuesto material de la sentencia de fondo, se expone como un argumento adicional para la inadmisión, ya que no tendría sentido tramitar todo el proceso para llegar al final a una sentencia o bien inhibitoria o bien desestimatoria" (fl. 140).

LOS RECURSOS

A.- El actor empieza por cuestionar la premisa según la cual, la Ley 80 de 1993 es aplicable a los puntos controvertidos en la demanda; con fundamento en el artículo 81 de la ley, sostiene que entraron en vigencia, a partir de la fecha de su promulgación "...los artículos 33 a 38 ambos inclusive de la citada Ley 80, sobre los servicios y actividades de telecomunicaciones **expresamente contemplados en los artículos últimamente mencionados ...**" (subraya el recurrente), dentro de los cuales no está comprendida la telefonía móvil celular, como lo muestra la descripción de los dos primeros incisos del artículo 33, pues la definición de este servicio se hace por la Ley 37 de 1993, artículo 1o., y por el artículo 2o., del Decreto Reglamentario No. 741 de 1993.

De todo lo anterior concluye:

"Como puede observarse a simple vista al confrontar el texto del inciso 1o. del artículo 33 de la Ley 80 de 1993 con los preceptos contenidos en los artículos 1o. de la Ley 37 de 1993 y 2o. del Decreto 741 del mismo año, la definición del servicio de telefonía móvil celular no encaja dentro de lo que el precitado inciso 1o. del artículo 33 define. En efecto, al paso que la telefonía móvil celular es un **servicio público** no domiciliario que permite la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, **a través de la interconexión** con la red telefónica pública conmutada, entre aquellos usuarios fijos, la actividad de telecomunicación definida por el inciso 1o. del artículo 33 de la Ley 80 de 1993, se refiere a una red de telecomunicaciones **para uso particular y exclusivo** a fin de satisfacer no ya necesidades inherentes a un servicio público (como acontece con la telefonía móvil celular según queda visto), sino **necesidades privadas de telecomunicaciones y sin conexión a las redes conmutadas**, como sí acontece con la telefonía móvil celular, que por definición supone tal interconexión con la red telefónica pública conmutada.

"De otra parte, las actividades de telecomunicación definidas por el inciso 1o. del artículo 33 de la Ley 80 de 1993, se asimilan a **servicios privados**, en tanto que la telefonía móvil celular es un **servicio público.**

"Es obvio que si la ley misma se encarga de definir las actividades y los servicios de telecomunicaciones, sin incluir en una u otra definición la telefonía móvil celular, mal puede el intérprete hacer extensiva esa definición a algo que no estuvo en la mente del legislador incluir dentro de lo definido. Un principio elemental de hermenéutica -de aquellos que se aprenden en los bancos universitarios- así lo enseña desde los remotos años del derecho romano: **"Inclussio unius fit exclussio alterius"** o, lo que es lo mismo: cuando el legislador incluye un determinado elemento en la definición legal, se consideran excluídos de esa defición los elementos que no fueron expresamente incluídos en ella.

"Tampoco encaja exactamente la definición que de telefonía móvil celular dan los artículos 1o. de la Ley 37 de 1993 y 2o. del Decreto No. 741 del mismo año con la que da el inciso 2o. del artículo 33 de la Ley 80 de 1993 de los servicios de telecomunicaciones, puesto que estos últimos pretenden la satisfacción de necesidades específicas de telecomunicación a terceros, mientras que la telefonía móvil celular, por ser un servicio público busca obviamente la satisfacción de necesidades **generales y no especiales o específicas de la colectividad"** (fl. 143).

Sobre la misma materia, el impugnante sostiene que "la telefonía móvil celular cuenta con un régimen propio que está constituído por la Ley 37 de 1993 y los Decretos

que la reglamentan, números 741 de 20 de abril de 1993 y 2061 del 14 de octubre del propio año", régimen especial de aplicación preferente sobre el general; y que, aún aceptando que la telefonía celular constituye un servicio de telecomunicaciones, no se puede olvidar que el parágrafo del artículo 33 de la Ley 80 se remite, de manera expresa, a la Ley 37 y ésta, en el artículo 3o. hace lo propio en relación con el Decreto 222 de 1983, o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen, circunstancia que, para la fecha de presentación de la demanda, no había ocurrido con la Ley 80, pues, "...esta última no contiene, en ninguno de sus artículos que comenzaron a regir el 28 de octubre de 1993, disposición alguna sobre requisitos, procedimientos, términos y demás disposiciones relativas a la adjudicación de los contratos para la prestación del servicio de telefonía móvil celular...", por lo cual se impone concluir en la aplicabilidad del Decreto 222 de 1983.

A conclusión idéntica conduce, a juicio del recurrente, el artículo 41 del Decreto 1900 de 1990, pues el artículo 28 del mismo decreto había catalogado la telefonía móvil celular como un servicio básico de telecomunicaciones.

> "Así las cosas -reitera-, queda amplia y fehacientemente demostrado que la Ley 80 de 1993 sólo comenzó a regir el 1o. de enero del presente año de 1994 para el procedimiento de selección de los eventuales contratistas de la telefonía móvil celular en la red "B" o red privada, por lo cual la premisa mayor en la cual se fundamenta la providencia recurrida para considerar inadmisible la demanda por mí incoada contra algunas de las cláusulas del Pliego de Condiciones de la Licitación No. 0045 de 1993 es totalmente falsa, inexacta y carente de apoyo normativo alguno" (fl. 145).

Desde otro ángulo, manifiesta que la aplicabilidad del Decreto 222 en el caso planteado, y no la de la Ley 80, es el punto central de la controversia, el cual, por lo mismo, se debe dilucidar en la sentencia y no en la providencia inicial.

Del régimen de control jurisdiccional de los actos contractuales deducido por el Consejero Ponente, dice que "borra de un plumazo la muy seria, juiciosa y elaborada teoría de los 'móviles y finalidades' de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho..." y que implica que "el Ministerio Público ha quedado privado de la posibilidad de promover la acción de nulidad de los actos administrativos producidos dentro de la denominada 'actividad contractual de la administración'... y, por lo tanto, de ejercer en contra de ellos la atribución prevista en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución, colocándolo "en condición mendicante de poderes de quienes hayan intervenido en la 'actividad contractual de la administración', para poder ejercer una atribución constitucional propia".

Con los anteriores fundamentos solicita admitir la demanda y resolver sobre la solicitud de suspensión provisional.

B.- El señor agente del Ministerio Público, para sustentar su recurso, hace afirmaciones similares a las del actor en cuanto a las atribuciones de ese organismo

oficial y transcribe algunos apartes de la providencia de la Sala, del 10 de octubre de 1991.

Con una perspectiva distinta, el impugnante, que pide ser reconocido como parte dentro del proceso, solicita la confirmación del auto recurrido.

Para resolver, se **CONSIDERA**:

La Sala, con el propósito de abarcar la totalidad de los presupuestos de la providencia suplicada y de las razones de los recurrentes, iniciará el análisis por el régimen de control jurisdiccional de los actos contractuales, proseguirá luego con el de la aplicabilidad de la Ley 80 de 1993 al caso controvertido y finalizará con el tema relativo a la suspensión provisional.

I.- EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS CONTRACTUALES

Los actos administrativos unilaterales originados en los contratos en que son parte las entidades públicas, han tenido, desde el punto de vista de su régimen de control jurisdiccional, un destino variable que, en parte, ha corrido la suerte de los propios contratos. La Ley 167 de 1941 los excluyó del control ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 73, ordinal 1o.) dejándolos al conocimiento -con la totalidad de los litigios contractuales-, de la jurisdicción ordinaria; esta regla legal simplemente había generalizado la disposición que, para las resoluciones ministeriales originadas en los contratos, aparecía establecida en el literal (i) del artículo 18 de la Ley 130 de 1913; el Decreto No. 528 de 1964 modificó sustancialmente esta situación, pues trasladó el conocimiento de las controversias contractuales, en cuanto nacieran de un contrato administrativo, a esta jurisdicción, dejando en manos de la jurisdicción ordinaria (Jueces Civiles Municipales de cabecera de distrito judicial, primero, y los de Circuito, con posterioridad), el conocimiento de los asuntos contenciosos de mero derecho privado en que intervinieran como partes la Nación, un departamento, un municipio, una intendencia, una comisaría o un establecimiento público; por ese camino adquirió también la atribución de examinar y controlar los actos unilaterales expedidos durante el procedimiento contractual; de este modo obtuvo importancia la distinción entre los contratos administrativos y los de derecho privado de la administración, de una parte, y, de otra, la preocupación por determinar los mecanismos procesales idóneos para el examen jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos unilaterales expedidos para su celebración, ejecución o liquidación.

La carencia inicial de acciones contractuales alejó toda discrepancia en cuanto al uso de las acciones de nulidad simple y de plena jurisdicción, para el indicado propósito; desde un comienzo se hizo la distinción contrato-acto administrativo unilateral y se esbozó la tesis de los llamados actos separables del contrato.

Son numerosos los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre este particular, razón por la cual -y para los fines ilustrativos de esta parte inicial- la Sala citará, en apartes, algunos de ellos:

En una de las primeras oportunidades, señaló:

"Las operaciones administrativas susceptibles de descomponerse en distintos actos jurídicos, como los contratos, pueden dar lugar a acciones de nulidad diferentes, bien contra el contrato mismo o contra los actos que lo anteceden. Aunque se trata de una misma operación, algunos actos pueden independizarse para que los Tribunales examinen su validez ante la ley, dentro de las competencias establecidas y con la finalidad propia de cada una de las acciones que se ejercite.

"Así en el proceso administrativo contractual los actos que autorizan el contrato admiten su confrontación con la ley, en acción de nulidad, para determinar si se ajustan a las competencias y a los procedimientos que señala, pero sin que en el ejercicio y decisión de esta demanda, pueda invadirse el contractual que se reserva en forma privativa el juez competente para conocer de las controversias relativas a contratos celebrados por la administración". (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de 18 de abril de 1969, Consejero Ponente, Doctor Alberto Hernández Mora. Anales, tomo LXXVI, 1969-primer semestre págs. 10 y 11).

Con posterioridad se refirió al mismo tema es estos términos:

"Por ello, si existe un declaratoria administrativa referente a un contrato celebrado por un ente público, no puede pedirse al Tribunal Administrativo que la vuelva a declarar sino que declare ilegal o anule a la ya expresada aunque ello no conduzca al restablecimiento de la vida del contrato anulado, pues como lo ha manifestado la Sala a las personas administrativas no se les puede obligar a continuar convenios que consideren inconvenientes o por cualquier otra razón estimen que no deben seguir realizando, sino condenarlas al pago de perjuicios por la ilegal resolución de dichos contratos.

"Mas si no se acata la decisión administrativa de terminación de un contrato, bien sea pidiendo la declaratoria de ilegalidad o la anulación, no podrá la jurisdicción de lo contencioso administrativo ante ese acto volver a declarar las resoluciones que ya se efectuó y condenar al pago de perjuicios.

"Todo lo aquí expresado surge de la lectura del artículo 73 del C.C.A., que si bien antes de la vigencia del Decreto 528 de 1964, exceptuaba del conocimiento de esa jurisdicción las resoluciones que tenían origen en un contrato, ello lo hacía no porque tales actos no fueran demandables sino porque su conocimiento correspondía a la justicia ordinaria.

"Sólo los hechos, operaciones y vías de hecho de la administración no son susceptibles de anulación por la sencilla razón de que anular es quitar o hacer desaparecer los efectos a un acto jurídico y no pueden quitarse efectos a hechos que sucedieron y produjeron sus efectos.

"Ahora bien: si en el presente negocio la Industria Licorera de Boyacá por medio del acto administrativo de noviembre 15 de 1971 (folio 14 cuaderno principal)

decidió dar por terminado el contrato de distribución y en venta de licores celebrado con la firma "Alberto Galofre y Cía. Ltda.", tenía que demandarse ese acto administrativo para lograr la condena al pago de perjuicios, sin que hubiera lugar a demandar la resolución de un contrato que se había terminado; más no podía desconocerse la existencia de ese acto administrativo con miras a lograr, entre otros, el mismo resultado que se produjo por esa providencia.

"Si la demandante entendió que el acto era ilegal pues no tenía la Industria Licorera competencia para dictarlo o no habían ocurrido las causales de caducidad determinantes de su expedición, el camino no podía ser otro que buscar la anulación o declaratoria de ilegalidad de ese proveído administrativo, más no podía incoar la acción como si tratare de una omisión (-al incumplimiento de la cláusula sobre prórroga automática pactada-) proveniente de un contrato administrativo, pues como lo ha expresado esta Sala en innumerables providencias no es dable a quien acude a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo cambiar a su arbitrio las acciones judiciales" (sentencia del 16 de mayo de 1975 - Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Carlos Portocarrero Mutis, Anales, Tomo LXXXVIII, primer semestre de 1975, págs. 302 y 303).

En una época más reciente, dijo:

"En providencia de abril 6 de 1972 el Consejo de Estado, precisó que "la acción pública de nulidad, en cuanto reconocida por el artículo 66, a "toda persona", no es procedente respecto de los contratos o convenciones administrativas", precisándose que de igual manera que en el Derecho Francés se excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos "que sólo son susceptibles de la plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquélla proceda, como también sucede en el régimen colombiano contra los actos separables de los mismos" (sentencia de abril 12 de 1978, SecciónTercera, Consejero Ponente, Doctor Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 1942, actor: Sociedad Cía. Colombiana de Construcciones Urbanas Ltda.).

Posteriormente, la Ley 19 de 1982, en el artículo 3o. previó la existencia de actos administrativos en la formación y adjudicación de los contratos de derecho privado de la administración; y el Decreto 222 de 1983 luego de enlistar los contratos administrativos (artículo 16), en el inciso 2o. del parágrafo del artículo 17, dispuso:

"...en los contratos de derecho privado de la administración en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa".

Hasta allí, la ley no había hecho cosa distinta de reconocer la existencia de actos administrativos unilaterales al interior del procedimiento contractual, cualesquiera fuera la clase de contratos del Estado; la discusión se acentúa con dos disposiciones

del Decreto 01 de 1984 que indujeron a la jurisdicción a distinguir entre actos contractuales propiamente dichos y actos separables de los contratos, por razón del régimen jurídico diferente a que se sometieron unos y otros; para una mejor comprensión y porque dichas normas constituyen un buen instrumento para la inteligencia del régimen de control adoptado por la Ley 80 de 1993, es oportuno transcribirlas, en lo pertinente.

Artículo 87, tercer inciso:

"Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este código".

Artículo 136, penúltimo inciso:

Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato".

No existía dificultad para deducir, de lo transcrito, lo siguiente:

a) Que se debía distinguir al interior de los actos contractuales, unos separables del contrato y otros que no lo eran.

b) Que los actos separables no se controlaban por medio de las acciones contractuales (artículo 87), sino por "las otras acciones" previstas en el Código, es decir las de nulidad (artículo 84) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85).

c) Que, sin embargo, dichos actos únicamente eran impugnables jurisdiccionalmente **"una vez terminado o liquidado el contrato".**

d) De la regla anterior quedaba exceptuado el acto de ajudicación que era susceptible de ser impugnado según las reglas generales (artículo 136).

Los inconvenientes se presentaron cuando se trató de precisar lo que se debía entender por actos separables de los contratos; finalmente, la jurisprudencia definió que tal calificación estaba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, siendo los contractuales propiamente dichos (y por ende no separables), los que se produjeran en las etapas de ejecución y liquidación.

Deducido lo anterior, el régimen descrito, conforme se explicó antes, en los artículos 87 y 136 se aplicó a los actos previos; los actos contractuales se debían impugnar, en consecuencia, a través de las acciones del artículo 87.

El Decreto 2304 de 1989, por sus artículos 17 y 23 modificó los artículos 87 y 136 del C.C.A. y eliminó de ellos los textos transcritos; sin embargo, la situación de los actos contractuales y de los separables continuó igual, según diversas manifestaciones jurisprudenciales, con la salvedad de que la impugnación, por vía jurisdiccional, de estos últimos se podía hacer sin la limitación del artículo 136 antes transcrito; en otros

términos, la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho se podía intentar desde el momento de su expedición, para todos ellos y no solamente para el acto de ajudicación.

Dentro de este contexto se admitieron demandas de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra diversos actos previos, tales como resoluciones de apertura de licitación, pliegos de condiciones, actos de adjudicación y aquellos por los cuales se declara desierta la licitación o el concurso, una vez expedidos dichos actos y sin que se cuestionara al mismo tiempo el contrato que pudo haberse celebrado; algunos de estos casos son invocados por los recurrentes como fundamento de su argumentación.

En lo demás, como se dijo, la situación no varió: los actos separables (vale decir los precontractuales), se podían cuestionar, bien con independencia del contrato a través de las acciones previstas por los artículos 84 y 85 del C.C.A., o bien como fundamento de la nulidad del contrato, evento en el cual, se entendía que la acción revestía naturaleza contractual.

En este momento de la evolución interviene la Ley 80 de 1993 en cuyo artículo 77, inciso 2o., dispuso:

"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo".

Y el parágrafo 2o. del mismo artículo prescribió:

"Para el ejercicio de las acciones contras los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina".

Los anteriores preceptos constituyen la **regla general** en materia de control jurisdiccional de los actos administrativos contractuales en la nueva legislación.

Existen también normas de excepción que más adelante se precisan:

Lo primero que se debe definir en orden a clarificar si cambió el sistema de control, y en qué grado, o si se mantiene el sistema anterior, es qué se ha de entender por "actividad contractual"; un primer enfoque pretende que la noción tenga una significación restrictiva: actividad contractual es únicamente aquella que se cumple después de la celebración del contrato, es decir, en la etapa de ejecución del mismo; ese criterio dejaría por fuera del artículo 77 los actos previos con el objeto de someterlos, como antes, a los contenciosos de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho.

En esta tesis parecen matricularse los recurrentes en cuanto reclaman el control de los actos precontractuales a través de las acciones de los artículos 84 y 85 con argumentos que se expusieron en la primera parte de esta providencia.

La Sala, sin embargo, se aparta de dicha interpretación y participa de las ideas expuestas por el señor Consejero Sustanciador en el auto recurrido, y entiende que la denominación legal "actividad contractual" es una manifestación de la actividad administrativa del Estado que comprende la totalidad de las actuaciones administrativas que giran en torno del contrato, sean ellas antecedentes, concomitantes o posteriores a su celebración y ejecución.

No existe ninguna razón seria ni lógica que justifique la exclusión de una de las etapas de este procedimiento que adopta la administración para la prestación del servicio público, perdiendo de vista la finalidad perseguida por la ley.

Lo anterior adquiere mayor consistencia con el texto del artículo 87 del C.C.A., luego de las modificaciones a él introducidas por el Decreto Extraordinario No. 2304 de 1989, pues dentro de la acción contractual caben hoy una serie de peticiones antes no autorizadas, bajo la denominación genérica de "otras declaraciones y condenaciones".

Bajo esta premisa, la Sala acoje las consideraciones del auto recurrido por las siguientes razones:

a) Eliminadas las dos alusiones del Decreto 01 de 1984 a los llamados actos separables, por virtud del Decreto 2304 de 1989, según lo visto, no existe hoy precepto que regule el régimen de control jurisdiccional de los actos contractuales, distinto del artículo 77 y 45 de la Ley 80 de 1993.

b) Esta circunstancia y el hecho de que, excepcionalmente, la mencionada ley haga referencia de **ciertos actos** para permitir frente a ellos acciones distintas de la contractual, está indicando que la regla general **para todos los actos contractuales** está prescrita por el mentado artículo 77.

Así ocurre, por ejemplo, por la calificación y clasificación de proponentes inscritos en las cámaras de comercio que **puede** "ser objeto.... de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (artículo 22.5); el acto de adjudicación (parágrafo 1o. del artículo 77), y su contrario, el acto por el cual se declaran desiertos la licitación o el concurso, por su propia naturaleza, y por la aplicación remisoria, que establece el mismo artículo 77, del C.C.A. (en éste, los artículos 50, incisos primero y final, 83, 135 inc. 1o., y 138 inc. 3o.).

c) Por consiguiente, cuando el artículo 77 de la ley se refiere a "los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual", está comprendido, bajo un denominación única, a todos los actos, tanto los previos al contrato como los posteriores a su celebración y lo está sometiendo a todos ellos a un recurso único por la vía gubernativa: el de reposición, y a una sola acción contenciosa: la contractual, salvo que **excepcionalmente** la propia ley haya **permitido** que ciertos actos, tres en total, puedan ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

d) En consonancia con lo anterior y teniendo en cuenta que la acción contractual parte del supuesto de la celebración del contrato; es claro que los actos previos a él, con las excepciones vistas, solamente se podrán impugnar con posterioridad a dicha celebración, conjuntamente con el contrato, o con independencia de él (parágrafo 2o. artículo 77), pero siempre bajo la égida de la misma acción.

Una situación semejante no es del todo nueva en nuestro derecho; se debe recordar que el Decreto 01 de 1984 señaló que la impugnación de los actos separables por medio de las acciones que les eran propias sólo serían impugnables **después de la terminación o de la liquidación del contrato** (artículo 136); de esta regla únicamente se exceptuaba el acto de adjudicacion.

El Decreto 2304 de 1989 se coloca en el otro extremo dejando abierta la posibilidad de impugnación desde la expedición de los actos; hoy, la ley toma partido por un camino intermedio: los actos administrativos que son fruto de la actividad contractual (el problema se presenta respecto de los previos), son impugnables luego de la celebración del contrato, mediante la acción contractual; no hay necesidad de atacar, con ellos, el contrato, pero este será nulo de nulidad absoluta cuando "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten" (artículo 44-4o.), evento en el cual, "el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato... y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre" (inc. 2o. del artículo 45). Previsiones como éstas buscan, sin duda, dar eficacia al control jurisdiccional de los actos previos (lo que no siempre ocurría con la legislación anterior), sin entorpecer la actuación administrativa en el procedimiento contractual.

e) Tan cierto es lo anterior que, por ejemplo, para el caso de que los pliegos de condiciones o los términos de referencia contradijeren, en su contenido, los preceptos que sobre ese particular ha establecido la ley, se ha consagrado la ineficacia de pleno derecho, en el último inciso del ordinal 5o. del artículo 24, en éstos términos:

"Serán **ineficaces de pleno derecho** las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados" (se subraya).

No es la oportunidad de pronunciarse sobre la figura de la ineficacia de pleno derecho ni sobre su constitucionalidad; simplemente, para los propósitos de este auto muestra que la voluntad de la ley es la de excluir del control de los contenciosos de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, la totalidad de los actos contractuales, incluyendo en esta noción los actos previos a la celebración del contrato, y que cuando ha querido sujetarlos a dicho régimen lo ha hecho expresamente.

f) Esta conclusión no contradice en nada la doctrina de los móviles y finalidades tan justamente elogiada por el actor; en efecto, la mencionada doctrina fue elaborada con el propósito de que los actos de contenido particular y concreto se pudiesen someter al examen del juez por la acción de nulidad simple; en otros términos, sitúa en su punto

las interrelaciones que surgen entre el contencioso de nulidad; el de nulidad y restablecimiento del derecho; y los actos de contenido general y de contenido particular.

En este caso, en cambio, la ley está situando una clase de muy precisa de actos administrativos en el ámbito de la acción contractual que nada tiene que ver con la mencionada doctrina.

g) Tampoco la interpretación que se acaba de hacer y que, como se dijo, se corresponde en un todo con la del señor Consejero Sustanciador, deja al Ministerio Público a merced de quienes hayan intervenido en el procedimiento contractual para el jercicio de sus funciones, como lo sostiene el actor.

Sobre este particular parece suficiente precisar que la Constitución Política en el inciso final del artículo 277 determina que "para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría... podrá interponer las acciones que considere necesarias", norma cuya claridad y jerarquía despejan cualquier duda sobre el particular.

Todo lo que ha ocurrido es que se ha desplazado en el tiempo la posibilidad de su acción que puede intervenir, sin limitación alguna, luego de que el contrato se haya celebrado.

II.- APLICABILIDAD DE LA LEY 80 DE 1993 AL CASO CONTROVERTIDO

Este es punto medular del conflicto, pues si al procedimiento contractual cuestionado en cuanto a los pliegos de condiciones, se le debe aplicar la legislación anterior a la Ley 80, no hay duda que la demanda se debe admitir, pues como se analizó en antes, según ella, los actos administrativos previos al contrato, y por su condición de separables del mismo, eran susceptibles de impugnación por la acción de nulidad, desde el momento de su expedición. En cambio, si dicho procedimiento se sitúa bajo la regulación de la Ley 80, dado el cambio de régimen de control jurisdiccional de los actos contractuales, la inadmisión de la demanda es la medida adecuada.

La conclusión del auto recurrido se asienta sobre el análisis del artículo 81 de la ley y las fechas de su promulgación y la de apertura de la licitación; la Sala encuentra, sin embargo, que bajo las mismas premisas se deben extraer deducciones distintas; las razones pasan a exponerse:

1.- El inciso 2o. del artículo 81 de la ley dispuso:

"A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir... los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38 sobre servicios y actividades de telecomunicaciones".

2.- Y el artículo 33, en el parágrafo, preceptuó:

"Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de **servicios de telecomunicaciones** de que se trata la Ley 37 de 1993, continuarán

rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen".

Por consiguiente, no es que el de telefonía celular no sea un servicio de telecomunicaciones como lo sostiene el actor, sino que, **pese a serlo,** está regulado por una **disposición especial** (la Ley 37 de 1993), cuya vigencia se mantiene por la expresa decisión de la Ley 80.

3.- Pues bien, dicha ley que define en el artículo 1o. el servicio de telefonía móvil celular, dispone en el artículo 3o. en cuanto a los contratos para concederlo:

"Los contratos administrativos de concesión se adjudicarán previo el trámite de la licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos, términos y demás disposiciones previstas en el Decreto Ley 222 de 1983 o las normas que los sustituyan, modifiquen o adicionen".

4.- Como se trata de una norma especial que hace remisión expresa al Decreto 222, son los procedimientos en él indicados -y no los de la Ley 80-, los que resultaban aplicables hasta el 1o. de enero de 1994, fecha en la cual entraron en vigencia los señalados por ésta.

O al menos, como lo afirma el recurrente, subsiste una duda seria sobre la normación aplicable (asunto que se debe decidir en la sentencia luego de un estudio más detenido), lo cual impide que se obstaculice el trámite del proceso.

Por tales razones, se revocará el auto suplicado para, en el lugar suyo, admitir la demanda.

III.- LA SUSPENSION PROVISIONAL

A juicio de la Sala, la suspensión provisional deprecada respecto de las cláusulas acusadas de los pliegos de condiciones para contratar mediante concesión el servicio público de telefonía móvil celular en la red B, no procede por dos razones fundamentales:

a.- Porque la dificultad existente para dilucidar la legislación aplicable, deja como conclusión que la infracción de la ley -en el evento de existir-, no reviste el carácter de manifiesta, como lo exige el artículo 152 del C.C.A., para la procedencia de esta medida.

b.- Porque es un hecho público y notorio -aceptado por el propio recurrente-, que ya se produjo la adjudicación de los contratos; vale decir que el acto cuya suspensión se pide, produjo la plenitud de sus efectos y, por lo tanto, la medida cautelar es inocua y, por lo mismo, improcedente.

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

RESUELVE:

REVOCASE el auto suplicado.

ADMITASE la demanda; notifíquese al señor Ministro de Comunicaciones, al señor agente del Ministerio Público y a los concesionarios; fíjese en lista por el término legal y solicítense del Ministerio indicado los antecedentes administrativos.

NIEGASE la suspensión provisional.

RECONOCESE al ciudadano Gilberto Rubiano C., como parte impugnadora dentro del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala -aclaró voto-; *Juan de Dios Montes Hernández, Hugo Palacios Mejía,* Conjuez.

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 12 de abril de 1978, Sección Tercera, Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo, expediente No. 192, Actor: Sociedad Cía. Colombiana de Construcciones Urbanas Ltda.

ACCION CONTRACTUAL/ACTOS SEPARABLES-Régimen Aplicable/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/** (Aclaración de Voto)

La Ley 80 de 1993 sólo consagró la forma de demandar a través de la acción contractual, el contrato mismo o los actos que se produzcan con posterioridad a la celebración de éste, pero no reglamentó la forma de accionar en contra de aquellos actos que se dan antes de la celebración del contrato, los cuales pueden ser demandados como actos separables en acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, que es el régimen general del C.C.A., en sus artículos 84 y 85. Así, resultaría contrario a la lógica y al derecho, tener que demandar por la vía de la acción contractual actos proferidos por las entidades públicas tales como el que excluye a un proponente de la licitación o concurso público, o aquel que declara incumplida la obligación del adjudicatario de suscribir el respectivo contrato y dispone hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta. Estos, son típicos actos precontractuales, y, por consiguiente, demandables en ejercicio de las acciones de nulidad o de nulidad con restablecimiento. Luego la Ley 80 de 1993 mal puede interpretarse en el sentido de imponer la acción contractual para eventos como los mencionados a manera de ejemplo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo veintidós (22) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de voto del Consejero de Estado: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: expediente No. 9118. Actor: Antonio José de Irisarri R. Ponente: Doctor Juan de Dios Montes Hernández.

La aclaración de voto del suscrito Consejero se refiere a que no comparte la consideración que se hace en la providencia en el sentido de que el artículo 77 de la Ley 80/93 está indicando la regla general para todos los actos contractuales, comprendiendo bajo una denominación única, a todos los actos, tanto los previos al contrato como los posteriores a su celebración y los está sometiendo a todos ellos a un recurso único por la vía gubernativa: el de reposición, y a una sóla acción contenciosa: la contractual, salvo el acto de calificación y clasificación de proponentes inscritos en las Cámaras de Comercio, el acto de adjudicación y aquel por el cual se declaran desiertos la licitación o el concurso.

Entiende el suscrito que la Ley 80/93 sólo consagró la forma de demandar a través de la acción contractual, el contrato mismo o los actos que se produzcan con posterioridad a la celebración de éste, pero no reglamentó la forma de accionar en contra de aquellos actos que se dan antes de la celebración del contrato, los cuales pueden ser demandados como actos separables en acción de nulidad, o de nulidad y restablecimiento del derecho, que es el régimen general del C.C.A., en sus artículos 84 y 85. Así, resultaría contrario a la lógica y al derecho, tener que demandar por la vía de la acción contractual actos proferidos por las entidades públicas tales como el que excluye a un proponente de la licitación o concurso público, o aquel que declara incumplida la obligación del adjudicatario de suscribir el respectivo contrato y dispone hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta. Estos, son típicos actos precontractuales, y, por consiguiente, demandables en ejercicio de las acciones de nulidad o de nulidad con restablecimiento. Luego la Ley 80/93 mal puede interpretarse en el sentido de imponer la acción contractual para eventos como los mencionados a manera de ejemplo.

Con todo respecto,

Daniel Suárez Hernández.

POTESTAD REGLAMENTARIA

La potestad reglamentaria se ejerce para la debida ejecución de las leyes como lo establecía el artículo 120 ordinal 3o. del texto constitucional de 1886 y así lo prevé el artículo 189 ordinal 11 del Código Constitucional vigente. Es de suyo una función inherente a la actividad administrativa del Ejecutivo; omitirla o extralimitarse en su ejercicio, conlleva una violación de la Constitución Política. La función de ejecución de las leyes mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes debe ceñirse no sólo al espíritu de la ley que reglamenta, sino a su letra y materia. Rebasar estos lineamientos, expidiendo normas pretextando la reglamentación de la ley, estaría el ejecutivo arrogándose competencias propias del legislador.

POTESTAD REGLAMENTARIA-Ejercicio/VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION/CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el ejercicio de la potestad reglamentaria la posible violación recae sobre el texto constitucional, lo cual, impone como carga al actor indicar la norma constitucional violada y razonar de manera lógica sobre el concepto de su violación; por esta vía no existe violación indirecta de la ley como lo pretende el actor en un juicio constitucional como lo *subjúdice.*

EXPLOTACION DE MINAS/LICENCIA DE EXPLOTACION DE MINAS/ TITULO MINERO-Intransmisibilidad/MINAS/PROPIEDAD DEL ESTADO/ EXTINCION DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES SOBRE MINAS

Prevé la codificación minera objeto de examen, que las licencias y contratos relativos a la exploración y explotación se otorgan y celebran intuito personas o con personas que llenen determinados requisitos y por plazo o tiempo predeterminado, sin constituir derecho sobre el suelo o subsuelo, como se desprende de lo previsto en los artículos 31 y ss., 45 y ss., 52 y ss., 60 y ss. Además, si alguna duda quedara sobre la naturaleza y contenido de las licencias de exploración y explotación, lo mismo que de los contratos de concesión, el mismo decreto ley se encarga de despejarla, en los artículos 75 y 76. La norma acusada sólo trata de precaver eventuales conflictos, o sea, que la Nación se vea abocada a instaurar acciones o intervenir en ellas en defensa del derecho de dominio que posee sobre los recursos naturales no renovables del suelo y el subsuelo; su texto se conjuga perfectamente con la norma reglamentada al impedir que en contravía de los postulados de ésta esos títulos mineros que apenas confieren derechos precarios como son los de exploración y explotación se incluyan en las disposiciones testamentarias, particiones o adjudicaciones que se hagan en los procesos de sucesión. Como si no fuera suficiente, sus previsiones también lograr que se cumpla otro objetivo que resulta crucial para la industria minera, cual es la de evitar que personas ajenas y extrañas a esas labores puedan obtener que se le traspasen esos títulos mineros con desconocimiento de sus fines de utilidad pública e interés social; igualmente, son laudables y plausibles sus previsiones en el sentido de hacer viable que los herederos de los beneficiarios o concesionarios tengan acceso y puedan proseguir las labores mineras de sus causantes, con la única condición de que reúnan los requisitos exigidos para desarrollar labores de esa naturaleza.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. 6361. Actor: Hector R. Rodríguez Pizarro.

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 la demanda presentada el 26 de septiembre de 1990.

ANTECEDENTES PROCESALES:

La demanda: El ciudadano HECTOR R. RODRIGUEZ PIZARRO, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., pidió que previas las formalidades y etapas del procedimiento ordinario, con citación y audiencia de la Nación Ministerio de Minas y Energía lo mismo que del Agente del Ministerio Público,

se declare la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 1o. del Decreto 136 de 1990, por el cual se reglamenta parcialmente el Código de Minas o Decreto Ley 2655 de 1988.

Según el libelista, el texto reglamentario fue publicado en el Diario Oficial No. 39143 el día 15 de enero de 1990; la norma acusada es del siguiente tenor:

"DECRETO NUMERO 136 DE 1990 (15 de enero).

"Por el cual se reglamenta parcialmente el Código de Minas.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Política,

DECRETA:

"ARTICULO PRIMERO: El derecho a explorar y explotar emanado de las licencias de exploración, licencias de explotación y contratos de concesión no es transmisible por causa de muerte. En consecuencia, no podrá ser objeto de disposiciones testamentarias ni de particiones ni de adjudicaciones en los procesos de sucesión.

"Quienes con arreglo al Código Civil tengan el carácter de herederos de un beneficiario de los títulos mineros señalados y deseen hacer uso del derecho de preferencia consagrado en el inciso 3o. del artículo 13 del Código de Minas, se sujetarán a las siguientes reglas:

"1.- Deben informar por escrito al Ministerio de Minas y Energía, dentro de los dos (2) meses siguientes al fallecimiento sobre este hecho y anexar el registro civil de defunción.

"2.- Dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del término anterior, deben solicitar el otorgamiento de los derechos emanados del título. Derecho que le será otorgado siempre y cuando cumplan los demás requisitos del Código de Minas.

"Durante estos términos las solicitudes que efectúen terceros sobre los correspondientes minerales amparados con el título quedarán en suspenso y se rechazarán o continuarán su trámite según se otorgue o no el derecho a los herederos.

"PARAGRAFO 1o.: Si dentro del término para dar aviso del fallecimiento o para solicitar el otorgamiento de los derechos, los herederos guardan silencio, el Ministerio con base en la prueba del fallecimiento del titular del derecho, cancelará la licencia o decretará la caducidad del contrato según el caso.

"PARAGRAFO 2o.: Cuando se trate de títulos mineros otorgados a dos (2) o más beneficiarios, los herederos de cada uno de ellos, gozan de la preferencia

señalada anteriormente limitada al porcentaje que tenga el fallecido y están sujetos al cumplimiento de los mismos requisitos. Si los derechos no le son otorgados, el título continuará con los otros beneficiarios" (fl. 2, C.1).

En el capítulo relativo a las normas violadas y el concepto de la violación, se afirma que la norma acusada quebranta abiertamente las siguientes disposiciones de rango superior, que aparecen debidamente copiadas en la demanda: Los artículos 10, 16, 30, 34, 36, 37, 55, 65, 76 numerales 1, 2 y 12, 116, 118 numeral 8, 120, 130 y 215 del texto constitucional que nos rigió hasta el año de 1991; artículos 665, 669, 673, 1008, 1009, 1012, 1018, 1037 y 1038 del Código Civil; los artículos 5, 12, 28, 35, 36 y 37 de la Ley 153 de 1887; el artículo 4o. de la Ley 169 de 1896 y por último; el ordinal 10o. y el parágrafo del artículo 1o. de la Ley 57 de 1987.

Sostiene el actor que uno de los motivos que llevó al Congreso de la República a expedir la Ley 57 de 1987, fue facultar al ejecutivo para expedir el instrumerno legal que le permitiera declarar la extinción de los derechos derivados de un título minero, de una parte, y por otras ratificar la extinción consagrada en los artículos 3o. y 5o. de la Ley 20 de 1969, pero respetando los derecho adquiridos; el ordinal 10 del artículo 1o. de la ley primeramente citada, facultó al Presidente de la República para "Regular las condiciones extintivas de los derechos que a cualquier título hayan obtenido los particulares, o empresas u organismos públicos sobre los yacimientos, depósitos minerales y minas".

El ejecutivo, dice el demandante, al hacer uso de las precisas facultades extraordinarias que se le confirieron debió de una parte, expedir el código de minas hasta agotar la materia y por otra ceñirse en su ejercicio a la intención del legislador, a la Constitución Nacional y al resto de la legislación nacional, con estricta observación de su jerarquía.

La ley de facultades, 57 de 1987, agrega, no autorizó al ejecutivo para reformar el código civil bajo el pretexto de reformar el Código Minero; con este proceder violó el artículo 215 de la Constitución Nacional, por cuanto ni en la exposición de motivos, en el ordinal 10 ni en el parágrafo del artículo 1, se dio autorización para introducir modificaciones a las normas concernientes al derecho sucesoral, que entre nosotros y hasta tanto no se disponga otra cosa se regula por el Código Civil.

"Muerto el propietario de un título minero, antes de la entrada en vigencia del Código de Minas, debía hacerse la **transmisión** de su patrimonio bien de acuerdo con la voluntad del causante o a falta de esa voluntad, en virtud de las disposiciones de la ley. Pero qué ocurrió en la práctica, que el Ejecutivo, al expedir el inciso tercero del artículo13 del Decreto 2655 de 1988 y el artículo primero del Decreto 136 de 1990, se fue por la vía más rápida que tuvo para extinguir los derechos derivados de la sucesión para adquirir títulos mineros, y declaró que los mismos no eran transmisibles por causa de muerte, como modo para adquirir el dominio sobre los títulos mineros, y para subsanar la falta, otorgó un derecho de preferencia reglamentado por el artículo primero demandado,

para que a los herederos del titular se les otorgue el correspondiente título, como si fuera una "gracia o prerrogativa" en poder del Ejecutivo" (fl. 11.C.1).

Para concluir su exposición, expresa el actor:

"Así mismo, ha habido una violación directa del artículo 37 de la Constitución Nacional, según el cual "no habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles", artículo que es plenamente aplicable a las minas, que son bienes raíces por expresa definición del artículo 656 del Código Civil, y cuyo título minero genera un derecho real 2.- que eminentemente transmisible y adquirible conforme a los modos de adquirir el dominio de las cosas contemplados en el artículo 673 del Código Civil. En consecuencia, quitarle la enajenación, esto es, la transmisibilidad a un título minero por la muerte de su titular, viola en forma flagrante el artículo 37 de la Constitución Nacional; el artículo 30 de la misma, que garantiza la propiedad privada, adquirida con justo título con arreglo a las leyes civiles: impone una pena de confiscación para los herederos del causante, violando el artículo 34 de la Constitución Nacional, y por último viola el artículo 16 de la Constitución Nacional, por cuanto el ejecutivo está obligado a proteger a los bienes en cabeza de cualquier persona natural o jurídica al tenor del artículo 16 de la Constitución Nacional que también fue violado, conjuntamente con el artículo 10 de la Constitución que establece que todas las personas, incluyendo los funcionarios públicos, están sometidos a la Constitución y a las leyes.

G. Además de las violaciones a las normas constitucionales citadas anteriormente, el artículo primero del Decreto 136 de 1990, ha violado en forma grave todas las normas del libro Tercero del Código Civil que entre nosotros regulan la transmisión de derechos por causa de muerte, como título translaticio de derecho de dominio, a título de ilustración, los siguientes artículos: "Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular" (artículo 1008, Código Civil); "si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada" (artículo 1009, Código Civil); "la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte" (artículo 1012, Código Civil); "que la herencia o legado se difiere al heredero legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata" (artículo 1013, Código Civil); "será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna" (artículo 1018, Código Civil); "las leyes reglan (sic) la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o no han tenido efecto sus disposiciones" (artículo 1037, Código Civil); "la ley no atiende el origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas" (artículo 1038, Código Civil). La sucesión por causa de muerte es un derecho real" (artículo 665, Código Civil); y es uno de los modos para adquirir el dominio sobre las cosas corporales e incorporales (artículo 673, Código Civil), ya que por sí sólo sin necesidad (sic) de tradición lo transmite después de la muerte de su propietario o titular" (fl. 1-4, C.1).

Trámite de la instancia.- Al Ministerio de Minas y Energía se le notificó el auto admisorio de la demanda, la cual contestó a través de apoderado legalmente constituído para efecto; el mandatario de la entidad pública pide denegar las súplicas de la demanda ya que en su sentir los títulos mineros no pueden ingresar al patrimonio de los herederos de sus originales beneficiarios (fl. 26 a 29).

En la oportunidad procesal que se les dio para alegar de conclusión, la parte actora y el Ministerio Público **guardaron** silencio; la entidad pública hizo llegar el escrito visible a los folios 33 a 35, en el cual, esgrime nuevos planteamientos para demostrar la legalidad del testo impugnado y al efecto dice:

> "El subsuelo y los recursos naturales no renovables no son transmisibles por causa de muerte, por cuanto la titularidad de los mismos desde 1873, ha radicado en la Nación lo que el Ministerio otorga a los particulares es únicamente el derecho a explorar o explotar los yacimientos mineros. Además la Ley 20 de 1969 y el mismo Decreto 2655 de 1988 (artículo 3o.), establecen que los mismos, pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible y el artículo 332 de la Constitución Política señala "el estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables".
>
> "En consecuencia estos bienes no son susceptibles de cederse.
>
> "Cabe anotar que el Decreto 136 del 15 de enero de 1990, contiene la misma disposición del artículo 76 del Código de Minas, las dos le dan el carácter de instransmisibles al título minero otorgado por el Ministerio de Minas y Energía señalando su extinción con la muerte del beneficiario. El punto esencial es la intransmisibilidad del título.
>
> "De ahí que lo que el Estado otorga es el derecho a explorar y explotar, no el dominio sobre los yacimientos mineros. Por consiguiente si los particulares no pueden ser titulares del dominio, tampoco éste podrá transmitirse por la sucesión por causa de muerte de que trata el Código Civil (artículo 673). Por tal motivo los títulos mineros establecidos en el Código de Minas, los otorga el Estado en consideración a las calidades y requisitos que acredita el beneficiario.
>
> "La determinación consignada en el otorgamiento del título minero se produce *"intuito personae"*, características en la que queda por fuera toda sucesión como lo señala la norma impugnada" (fl. 34, C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, la pretensión de nulidad formulada en la demanda no está llamada a prosperar. La materia que se pasa a decidir es la referente al ejercicio de la facultad reglamentaria del Presidente de la República prevista en la Constitución Colombiana. El actor demanda la nulidad del artículo 1o. del Decreto 136 del 15 de enero de 1990, por violación de los artículos 10, 16, 30, 34, 36, 37, 55, 65, 76, numerales 1o., 2o., y 12, 116, 118 numeral 8, 120, 130 y 215 de la Constitución Nacional que rigió hasta el año de 1991; 665, 673, 1008, 1009, 1012, 1018, 1037 y 1038 del Código Civil; 5, 12, 28, 35, 36, y 37 de la Ley 153 de 1887; 4o. de la Ley 169 de 1896 y; 10o. ordinal 10 y parágrafo de la Ley 57 de 1987.

En primer término, la Sala hará precisión sobre el alcance de la potestad reglamentaria del ejecutivo central. Este se ejerce para la debida ejecución de las leyes como lo establecía el artículo 120 ordinal 3o. del texto constitucional de 1886 y así lo prevé el artículo 189 ordinal 11 del Código Constitucional vigente. Es de suyo una función inherente a la actividad administrativa del Ejecutivo; omitirla o extralimitarse en su ejercicio, conlleva una violación de la Constitución Política.

La función de ejecución de las leyes mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes debe ceñirse no sólo al espíritu de la ley que reglamenta, sino a su letra y materia. Rebasar estos lineamientos, expidiendo normas pretextando la reglamentación de la ley, estaría el ejecutivo arrogándose competencias propias del legislador. Conviene, a manera de ilustración, traer a relación, precisiones que ha hecho la Corporación en esta materia en diversas oportunidades, entre ellas cuando dijo:

"POTESTAD REGLAMENTARIA-DESARROLLO.

"En la tarea reglamentaria el Gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la ley sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma reglamentada aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe atenerse únicamente a la expresión literal de la norma porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella; es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva con lo cual podrá moverse con mayor desenvoltura y agilidad teniendo en cuenta desde luego siempre el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo. Porque nadie duda que una copia servil, literal de la ley que se reglamenta sería la negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica será también totalmente negativa".

(Diccionario Jurídico XXII años de evolución jurisprudencial 1958-1981).

En segundo término, se advierte que el actor señala como violadas en ejercicio de la actividad reglamentaria normas que hacen parte del articulado del Código Civil, lo mismo que de las Leyes 153 de 1887, 169 de 1896 y 57 de 1987. Este cargo, no tiene vocación de prosperidad, porque, como se dijo antes, en el ejercicio de la potestad reglamentaria la posible violación recae sobre el texto constitucional, lo cual, impone como carga al actor indicar la norma constitucional violada y razonar de manera lógica sobre el concepto de su violación; por esta vía no existe violación indirecta de la ley como lo pretente el actor en un juicio constitucional como el *sub-júdice.*

En tercer lugar, hecha la confrontación de rigor. En este caso, la norma acusada no viola los artículos 10, 16, 30, 34, 36, 37, 55, 65, 76, numerales 1o., 2o., y 12, 116, 118 numerales 8, 120, 130 y 215 de la Constitución Nacional que imperó en el país hasta el año de 1991.

El artículo 202 de la Constitución Nacional que regía cuando se expidió el precepto demandado, disponía que eran de la República de Colombia los baldíos, minas y salinas

que pertenecían a los estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos estados; igualmente, las minas de oro, plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores o explotadores sobre algunas de ellas".

También se destaca que la Ley 20 de 1969, artículo 1o. reafirmó aquella orientación política, al establecer que todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros, con la precisión fundamental, de que a partir de su vigencia esa excepción sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas vinculadas a yacimientos descubiertos con la misma orientación básica. La Constitución Nacional actual, artículo 322, estatuye que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

Continuando con los antecedentes de la disposición enjuiciada, se observa que mediante la Ley 57 de 1987, el Congreso de la República revistió al ejecutivo de precisas facultades extraordinarias para expedir un nuevo Código de Minas que regule íntegramente la materia en un cuerpo armónico de normas sustantivas y de procedimiento que metódica y sistemáticamente organizadas comprenda las siguientes materias:

> "1.- Reafirmar el principio de que el subsuelo, los depósitos, yacimientos minerales y las minas contenidas en el suelo y el subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros.
>
> "2.- Establecer la naturaleza y contenido del derecho de explorar y explotar los depósitos, yacimientos minerales y minas de que trata el numeral anterior y el objeto de los derechos que otorgue la Nación sobre éstos a favor de los particulares o de empresas u organismos públicos y definir las formas y modalidades de adquisición y trasmisión del derecho".
>
> .....
>
> "5) Ratificar la extinción del derecho de los particulares sobre las minas a que se refiere el artículo 3o. de la Ley 20 de 1969 y,
>
> .....
>
> "10) Regular las condiciones extintivas de los derechos que a cualquier título hayan obtenido los particulares, o empresas u organismos públicos sobre los yacimientos depósitos minerales y minas".

Con base en aquella ley de facultades, el Presidente de la República dictó el Decreto Ley 2655 de 23 de diciembre de 1988, por medio del cual expidió el actual Código de Minas con el cual se persigue fomentar la explotación del territorio nacional en orden a establecer la existencia de minerales y así: su explotación racional, para que

con ellos se atiendan las necesidades de la demanda, para crear oportunidades de empleo en las actividades mineras, estimular la inversión en esta industria y promover el desarrollo de las regiones donde ella se adelante.

Después de reiterar que los recursos existentes en el suelo y el subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable o imprescriptible y que en ejercicio de ese derecho de dominio podrá explotarlos directamente, o a través de organismos descentralizados o por los particulares, el decreto ley precisa que en derecho minero únicamente puede hablarse de derechos adquiridos y constituídos con relación a:

"1) Los contratos de concesión suscritos y debidamente solemnizados por escritura pública, que hayan sido publicados en el Diario Oficial.

"2) Los permisos y licencias otorgadas mediante resolución debidamente ejecutoriada, que conserven su vigencia y validez a la fecha de expedición del Código.

"3) Los aportes otorgados a organismos adscritos o vinculados al Ministerio y los contratos que con base en ellos se hayan celebrado.

"4) Los derechos vigentes al tenor de los artículos 3o. y 5o. de la Ley 20 de 1969 y demás disposiciones especiales, que consten en resoluciones del Ministerio debidamente ejecutoriadas.

"Las demás situaciones jurídicas contenidas en solicitudes en trámite consagradas en disposiciones anteriores, se considerarán para todos los efectos como simples expectativas.

En desarrollo de las finalidades específicas previstas en la ley de facultades, extraordinarias, el Código de Minas reguló lo concerniente a la extinción de los derechos de los particulares, a través de las siguientes reglas:

"Artículo 5o. Extinción de derecho de particulares.

"Los derechos de los particulares sobre el suelo o el subsuelo minero o sobre minas, a título de adjudicación, redención o perpetuidad, accesión a la propiedad superficiaria, merced, remate, prescripción o por cualquier otra causa semejante, se extinguieron en favor de la Nación por el acaecimiento de las condiciones y el vencimiento de los plazos señalados en los artículos 3o., 4o. y 5o. de la Ley 20 de 1969. En consecuencia, las disposiciones del presente código no reviven, amplían ni restituyen dichas condiciones y plazos, ni convalidan en ningún caso, los mencionados extinguidos derechos.

"Los derechos de los particulares sobre las minas mencionadas en el inciso anterior que hubieren conservado su validez por iniciar y mantener la explotación económica en los términos del artículo 3o. de la Ley 20 de 1969, se extinguen en favor de la Nación si suspenden dicha explotación sin causa justificada, tal como se previó en el literal b) de dicho artículo".

Prevé la codificación minera objeto de examen, que las licencias y contratos relativos a la exploración y explotación se otorgan y celebran *intuito personae* o con personas que llenen determinados requisitos y por plazo o tiempo predeterminado, sin constituir derechos sobre el suelo o subsuelo, como se desprende de lo previsto en los artículos 31 y ss, 45 y ss, 52 y ss, 60 y ss. Además, si alguna duda quedara sobre la naturaleza y contenido de las licencias de exploración y explotación, lo mismo que de los contratos de concesión, el mismo decreto ley se encarga de despejarla, en los artículos 75 y 76 en cuanto señala que:

Artículo 75. Multas, cancelación y caducidad.

El Ministerio podrá multar al beneficiario de derechos mineros, cancelar administrativamente las licencias de exploración y explotación e igualmente declarar la caducidad de los contratos de concesión, de conformidad con este código. El incumplimiento de las obligaciones establecida en el presente código será causal de multa previo requerimiento al interesado, siempre que no sea objeto de cancelación o caducidad.

"El interesado tendrá un plazo de treinta (30) días hábiles para formular su defensa. Vencido este plazo el Ministerio se pronunciará dentro del mes siguiente en providencia motivada".

.....

"Artículo 76. Causales generales de cancelación y caducidad.

Serán causales de cancelación de las licencias y de caducidad de los contratos de concesión, según el caso, las siguientes, que se considerarán incluídas en la resolución de otorgamiento o en el contrato.

"1) La muerte del concesionario o beneficiario si es persona natural o su disolución si es persona jurídica.

"2) La incapacidad financiera del concesionario o beneficiario que se presume cuando se le declare en quiebra o se le abra concurso de acreedores.

"3) El no realizar los trabajos y obras de exploración, montaje y explotación en las condiciones y dentro de los términos legales o contractuales, o suspender tales actividades y obras por más de seis (6) meses sin causa justificada.

"4) El no pago oportuno de los impuestos específicos, participaciones y regalías establecidas en el capítulo XXIV de este código.

"5) La cesión total o parcial de su título sin previo permiso del Ministerio.

"6) El no pago oportuno de las multas o la no reposición de las garantías en caso de terminación o disminución.

"7) El incumplimiento reiterado de las normas de carácter técnico y operativo, relativas a la racional explotación, a la higiene y seguridad de los trabajadores o a la conservación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

"8) El realizar obras y labores mineras en las zonas y áreas señaladas en el artículo 10 de este código sin las autorizaciones requeridas en el mismo.

"9) La violación de las normas legales que regulen la venta y comercialización de minerales.

"10) La no presentación de los informes a que está obligado, después de haber sido sancionado con multa.

Visto lo anterior, se tiene que la norma acusada sólo trata de precaver eventuales conflictos, o sea, que la Nación se vea abocada a instaurar acciones o intervenir en ellas en defensa del derecho de dominio que posee sobre los recursos naturales no renovables del suelo y el subsuelo; su texto se conjuga perfectamente con la norma reglamentada al impedir que en contravía de los postulados de ésta esos títulos mineros que apenas confieren derechos precarios como son los de exploración y explotación se incluyan en las disposiciones testamentarias, particiones o adjudicaciones que se hagan en los procesos de sucesión.

Como si no fuera suficiente, sus previsiones también logran que se cumpla otro objetivo que resulta crucial para la industria minera, cual es la de evitar que personas ajenas y extrañas a esas labores puedan obtener que se le traspasen esos títulos mineros con desconocimiento de sus fines de utilidad pública e interés social; igualmente, son laudables y plausibles sus previsiones en el sentido de hacer viable que los herederos de los beneficiarios o concesionarios tengan acceso y puedan proseguir las labores mineras de sus causantes, con la única condición de que reúnan los requisitos exigidos para desarrollar labores de esa naturaleza.

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

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO-Inexistencia/ **ECOPETROL/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/ CONTROVERSIAS JUDICIALES/JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA/FUERO DE ATRACCION**-Inexistencia/**NULIDAD PROCESAL**-Causales/**FALTA DE JURISDICCION**

Ecopetrol es una empresa Industrial y Comercial del Estado y en tal virtud las controversias judiciales en donde sea parte, están adscritas a la justicia ordinaria, de acuerdo con lo prescrito por el Decreto 3130 de 1968 y el Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, es la jurisdicción ordinaria la competente para decidir si hay lugar a declarar la responsabilidad de Ecopetrol, en la muerte de la señora Libia María Rosero Galindez. No es aplicable, en este caso la tesis del fuero de atracción que ha sostenido la Sala, por cuanto si bien es cierto que se ha aceptado la posibilidad de juzgar ante esta jurisdicción a personas que no son de derecho público, ello sólo es posible cuando se demanda también a una entidad de derecho público, justificable ante esta jurisdicción, por cuanto estas últimas arrastran a la jurisdicción especial, en virtud del fuero de atracción, a las personas cuya responsabilidad extracontractual, en principio debe ser conocida y decidida por la justicia ordinaria. Pero para que el fuero de atracción surta sus efectos, es necesario que la vinculación al proceso de una entidad de derecho público como parte demandada, sea seria y debidamente motivada. No es posible dejar en manos del demandante la facultad de escoger la jurisdicción ante la cual va a demandar. No es que tenga la facultad de decir que demanda a cualquier entidad de derecho público, junto con una

persona que no lo sea, sólo para que esta última sea juzgada por la jurisdicción especial. Esa demanda en contra de la entidad de derecho público, debe tener algún sustento fáctico y no depender sólo del capricho del demandante. Así las cosas, se declarará la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, conforme con lo dispuesto por el No. 1 del artículo 140 del C. de P. C. por falta de jurisdicción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8534. Actor: Teofisto Laureano Rosero y otros. Demandado: La Nación - Ministerio de Minas y Energía y Ecopetrol.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la providencia de 22 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la cual se dispuso:

"DECLARA LA INHIBITORIA PARA DECIDIR LA DEMANDA PRESENTADA POR TEOFISTO LAUREANO ROSERO CORDOBA Y OTROS FRENTE A LA NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS "ECOPETROL".

El *a-quo* tomó esta decisión por cuanto el acervo probatorio recaudado le permitió establecer que la señora Libia María Rosero de Galindez, perdió la vida al ser atropellada por un camión de propiedad de Ecopetrol, Empresa Industrial y Comercial del Estado y por tanto toda responsabilidad que del hecho pudiera derivarse sólo podía deducirla la jurisdicción ordinaria, habida consideración que la actividad que se cumplía con el automotor, no puede en manera alguna ser calificada como administrativa, pues su misión concreta se adecuaba a la actividad mercantil desarrollada por la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol.

Para resolver, la Sala **CONSIDERA:**

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Nariño el 1o. de febrero de 1991, Teofisto Laureano Rosero, Arturo, Abundio, María, Nidia y Jairo Rosero Galindez, además Elcy y Omaira Bolaños Rosero y Orlando Arlex López Rosero y Alexis San-Martín Rosero, a través de apoderado judicial común y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda en contra de la Nación - Ministerio de Minas - Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol, para que se les declarará responsables civilmente (sic) de todos los daños y perjuicios que sufrieron con ocasión de la muerte de su hija, hermana y madre Libia María Rosero.

En los hechos 8o. y 9o., se explicó la causa de la demanda así:

"8o.- En horas de la mañana del día 2 de febrero de 1989, la señora LIBIA MARÍA ROSERO GALINDEZ transitaba por las calles de la población de Orito (Putumayo), concretamente por el sector conocido como la "YE", en momentos en que, por la misma ruta, avanzaba una tractomula perteneciente a la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol- que estaba al servicio de la entidad en esa población, marca AUTOCAR y de placas PZ-2655, de color azul y líneas blancas, automotor que era conducido por el señor Henry Oromario Ortega, quien se desempeñaba como conductor de Ecopetrol, momentos en que la señora Rosero se orilló en una esquina al observar que el vehículo iba a cruzar por dicho lugar, como en efecto ocurrió, pero con la lamentable circunstancia que la señora LIBIA MARÍA ROSERO GALINDEZ fue arrollada con el vuelco del vehículo, el cual le pasó por encima, ocasionándole la muerte en forma inmediata.

"9o.- El anterior hecho es constitutivo de falla en el servicio, que se considera de carácter presunto en razón de la peligrosidad que encierra el manejo de vehículos automotores, y con mayor razón cuando son de gran tonelaje, en aplicación del criterio jurisprudencial que reiteradamente ha venido sentando la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, falla que compromete la responsabilidad de la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS -ECOPETROL-, y solidariamente al Ministerio de Minas y Energía, a cuyo servicio actuaba la máquina y el conductor".

Los otros hechos relacionados se refieren únicamente al parentesco y a las relaciones familiares entre los demandantes y la occisa, es decir, ningún hecho justifica la vinculación al proceso como demandada, de la Nación-Ministerio de Minas y Energía. Es la misma parte actora quien en el hecho octavo dice que Libia María Rosero Galindez fue atropellada por una tractomula perteneciente a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, conducida por quien se desempeñaba como conductor de Ecopetrol y sólo al finalizar el hecho 9o., cuando sostiene que la falla compromete a la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, agregó: "...y solidariamente al Ministerio de Minas y Energía, a cuyo servicio actuaba la máquina y el conductor..." Esa es la única alusión que se hace en la demanda en relación con la vinculación del Ministerio de Minas.

No se dio ninguna explicación, ni en la demanda ni a lo largo del proceso, de cuál sería el servicio que la máquina y el conductor prestaban al Ministerio de Minas, es decir, no existía una razón seria que permitiera tener a la Nación - Ministerio de Minas como demandada.

Conforme lo estableció el *a-quo*, Ecopetrol es una empresa Industrial y Comercial del Estado y en tal virtud las controversias judiciales en donde sea parte, están adscritas a la justicia ordinaria, de acuerdo con lo prescrito por el Decreto 3130 de 1968 y el Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, es la jurisdicción ordinaria la

competente para decidir si hay lugar a declarar la responsabilidad de Ecopetrol, en la muerte de la señora Libia María Rosero Galindez.

No es aplicable en este caso la tesis del fuero de atracción que ha sostenido la Sala, entre otras sentencias, en aquellas del 26 de marzo de 1993, proferida en el proceso radicado al No.7476, Actor: Ana María Chamorro de Flor, con ponencia del señor Consejero Uribe Acosta y del 4 de febrero de 1993, expediente No. 7506, Actor: Maximiliana Céspedes, Consejero Ponente: doctor Betancur Jaramillo. Y no es aplicable aquí, por cuanto si bien es cierto que se ha aceptado la posibilidad de juzgar ante esta jurisdicción a personas que no son de derecho público, ello sólo es posible cuando se demanda también a una entidad de derecho público, justiciable ante esta jurisdicción, por cuanto estas últimas arrastran a la jurisdicción especial, en virtud del fuero de atracción, a las personas cuya responsabilidad extracontractual, en principio debe ser conocida y decidida por la justicia ordinaria.

Pero para que el fuero de atracción surta sus efectos, es necesario que la vinculación al proceso de una entidad de derecho público como parte demandada, sea seria y debidamente motivada. No es posible dejar en manos del demandante la facultad de escoger la jurisdicción ante la cual va a demandar. No es que tenga la facultad de decir que demanda a cualquier entidad de derecho público, junto con una persona que no lo sea, sólo para que ésta última sea juzgada por la jurisdicción especial. Esa demanda en contra de la entidad de derecho público, debe tener algún sustento fáctico y no depender sólo del capricho del demandante. Es precisamente esta la situación que se presenta en el caso de autos donde el actor sabe y así lo anuncia que la responsabilidad debe reclarmársele a Ecopetrol por ser no sólo la propietaria del vehículo que atropelló a la occisa, sino porque el conductor del mismo era su empleado, y aún así, vincula como parte demandada al Ministerio de Minas, sin exponer ninguna razón que justifique tal vinculación.

Así las cosas, se revocará la inhibición del *a-quo* y en su lugar se declarará la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, conforme a lo dispuesto por el No. 1 del artículo 140 del C.P.C., por falta de jurisdicción.

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,

RESUELVE:

REVOCASE la decisión apelada, esto es, aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 22 de abril de 1993, y en su lugar se declara la nulidad de todo lo actuado en el proceso, desde el auto admisorio de la demanda inclusive, por falta de jurisdicción.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE Y PUBLIQUESE en los Anales de la Corporación.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Hace mención de las siguientes providencias proferidas por la Sección Tercera sobre fuero de atracción: Sentencia 26 de marzo de 1993, Expediente 7476, Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta y 4 de febrero de 1993, Expediente 7506, Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL-Arma Oficial/**CULPA DEL AGENTE/DERECHO A LA VIDA**

Disparos contra un vehículo en movimiento, dentro del cual viajaban varios jóvenes cuya vida e integridad resultaban comprometidas frente a la acción armada del Policía Calderón G., constituyó una conducta culposa por parte de éste, en cuanto exponía a todos los jóvenes a resultar lesionados con sus disparos. No cumplía dicho agente con la obligación de salvaguardar la vida e integridad de aquellas personas ocupantes del campero; por el contrario, con desconocimiento de las normas constitucionales, legales y reglamentarias sobre los derechos de aquellas y sobre la correcta utilización de las armas de fuego, disparó y la verdad es que lo que menos procuró fue causar el menor daño posible con su irresponsable actuación.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL/CULPA IN ELIGENDO/AGENTE-Antecedentes de Violencia/**RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO/PROCESO DISCIPLINARIO**

Deduce la Sala la falla del servicio a cargo de la administración, por el hecho de mantener en servicio un agente con antecedentes de violencia y mala utilización de las armas, tan graves y trascendentes, que posteriormente dieron origen a su separación absoluta del servicio activo como miembro de la Policía Nacional.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA/FALLA DEL SERVICIO/SENTENCIA PENAL/PREJUDICIALIDAD FORZOSA-Inexistencia/**ACCION PENAL/ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**-Independencia

La jurisprudencia de la Sección ha establecido que en cuanto se trate de responsabilidad administrativa fundada en una falla del servicio que derive de una conducta penalmente reprochable de un funcionario, la

sentencia que decida sobre esa conducta no constituye necesariamente prejudicialidad forzosa para efectos de decidir acerca de la acción contencioso administrativa. Tal entendimiento de la cuestión obedece a que entre una y otra acción, la penal y la administrativa, se presentan radicales diferencias en su contenido, filosofía, sujetos afectados, regulación legal y procedimental, sin desconocer, desde luego, que en la mayoría de los casos las sentencias penales inciden de manera muy importante en los fallos que profiere la jurisdicción contencioso administrativa.

NORMAS PENALES-Aplicación/AGENTE ESTATAL-Juzgamiento/ACTUACION PENAL/RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL-Normatividad/SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA/FALLA EN EL SERVICIO/PREJUDICIALIDAD-Inexistencia

Mientras las normas penales regulan el comportamiento personal del funcionario sindicado y su juzgamiento se somete al ordenamiento procesal penal, las normas y principios que rigen la responsabilidad extracontractual de la administración de aplicarán en el caso de que se presente una falla en el servicio que a aquella le corresponde prestar. Así las cosas, es fácil comprender que según la conducta del funcionario y las circunstancias mismas del hecho, las disposiciones que se aplican en cada caso son diferentes. La actuación penal del agente la rige el Código Penal, en tanto que la actuación de la administración la regula el ordenamiento administrativo. Obviamente, de ese distinto tratamiento normativo dimana el que, por norma general, no se presente la prejudicialidad de la decisión penal en el fallo administrativo y que, consecuencialmente, se presenten casos en los que a pesar de existir una sentencia penal absolutoria, se dé respecto de los mismos hechos un fallo administrativo condenatorio, o viceversa.

RESPONSABILIDAD PENAL/RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA-Diferencias/ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Régimen Probatorio/ACCION PENAL-Partes/ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Partes

Debe diferenciarse la responsabilidad penal del agente que es el tema de decisión en el proceso penal, de la responsabilidad administrativa que es materia de definición en el contencioso administrativo, dado que en aquélla, la penal, el procesado asume las secuelas punitivas del hecho crimonoso, en tanto que, en la segunda, al ser demandada, corresponde a la administración afrontar las consecuencias patrimoniales de la falla en la prestación de los servicios, responsabilidad que surge independientemente de la existencia y sanción del hecho punible. Se distingue

igualmente la responsabilidad penal de la administrativa, en cuanto la primera nace de la violación dolosa o culposa de una norma penal, mientras que la segunda surge de un hecho dañoso ejecutado por el Estado, el que puede o no ser constitutivo de una conducta penalmente reprochable. También se traslada esa diferenciación en cuanto al manejo probatorio de cada tipo de responsabilidad, si se tiene en cuenta que la responsabilidad penal no se presume, como sí se presume la inocencia, y que es imperativa su plena demostración, en tanto que la responsabilidad extracontractual administrativa, sí es susceptible de presunciones, hasta el punto de que en muchos casos es suficiente acreditar el hecho dañoso imputable a la entidad, el perjuicio y el nexo causal para declarar la responsabilidad estatal. Pero además de lo anterior, observa la Sala que no siempre son las mismas partes las que intervienen en cada uno de los procesos y en este punto también difieren la acción penal de la administrativa. Mientras que en la actuación penal intervienen el procesado, el defensor, el Ministerio Público y la parte civil cuando a bien lo tienen los perjudicados o la ley lo permite, en el proceso administrativo intervienen los pretendidos damnificados generalmente como demandante y el ente público como demandado, con participación ahora más restringida del Ministerio Público.

INDEMNIZACION-Disminución

De acuerdo con la información procesal contenida tanto en las actuaciones disciplinaria y penal, como en la contencioso administrativa, resulta incuestionable que el comportamiento imprudente y evasivo de la víctima originó y dio lugar a lo sucedido, razón por la cual habrá de reducirse el monto indemnizatorio en un cincuenta por ciento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8585. Actor: Augusto Josué Bedoya y Otros. Demandada: La Nación-Policía Nacional.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, -Sección Tercera-, el 19 de abril de 1993, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o.- Lo que sé demanda.-

Los señores Augusto Josué Bedoya Olaya e Idaly Rubio de Bedoya, a nombre propio y en representación de sus menores hijos Fabio Hernán, Alexander Alberto y Franz Leonardo Marcelo Bedoya Rubio, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., presentaron el 13 de noviembre de 1985, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en contra de la Nación-Policía Nacional, para que fuera declarada responsable de los daños y perjuicios ocasionados con la muerte de su hijo y hermano Giovanny Augusto, a manos de agentes de la Policía Nacional.

Como consecuencia de la declaración anterior, pretende que a título de indemnización por perjuicios morales, se pague a cada uno de ellos el equivalente en pesos a 1000 gramos de oro.

2o. Los hechos.-

Para fundamentar las pretensiones se relacionan a folios 5 a 7, seis hechos que en resumen, dicen:

En las primeras horas de la manaña del 13 de noviembre de 1985 en la carrera 10 con calle 12 de la ciudad de Girardot, el estudiante Giovanny Augusto Bedoya, murió a consecuencia de las heridas ocasionadas con arma de fuego, por parte del agente de la Policía Nacional Polonio Calderón Gutiérrez. El hecho se produjo cuando el joven mencionado conducía el vehículo Jeep Land Rover de placas JT-0070 de propiedad de su padre, en el cual se desplazaba en compañía de los menores Harold Cabrera Gómez, José Joaquín Arteaga, Alberto Aragón y César Augusto Bejarano. En el perímetro urbano de Girardot detuvo la marcha para revisar el vehículo que presentaba un ruido y al pretender arrancar, se les acercó una patrulla de la Policía Nacional correspondiente al Distrito No. 3 y les ordenó que apagaran el vehículo. El conductor explicó que no podía hacerlo por cuanto estaba fallando y al arrancar casi atropella a los agentes, más adelante el Agente Calderón Gutiérrez quien venía con otros policías al ver lo sucedido quiso detener el automotor y disparó su arma de dotación oficial contra el mismo causando la muerte del joven Bedoya Buitrago, quien era hijo de Augusto Josué Bedoya e Idaly Rubio de Bedoya, y cursaba premédico en la Escuela de Medicina Juan M. Corpas.

3o. Actuación procesal.-

La demanda fue admitida en auto del 21 de enero de 1986 el cual fue notificado a la demandada el 4 de marzo siguiente, quien a través de apoderado judicial y en forma

oportuna allegó el memorial que reposa a folios 41 y 42 del expediente. Posteriormente la demanda se adicionó dentro del término de fijación en lista para complementar la cita de las normas violadas, el concepto de violación y la petición de las pruebas. En auto del 26 de abril de 1986 se admitió la adición, que no provocó ninguna manifestación de la demandada, en la cual solicitó la práctica de algunas pruebas con el fin de establecer que la muerte de Giovanny Augusto Bedoya Rubio, no obedeció a una falla del servicio.

Vencido el período probatorio el *a-quo* corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para formular alegatos de conclusión y rendir concepto. Esta oportunidad sólo fue aprovechada por la demandada quien en su alegato de bien probado esgrimió en su defensa como causal de exoneración, la culpa exclusiva de la víctima, la que deriva del hecho de que el occiso iba en estado de embriaguez y de la conducta negligente de su padre al permitirle conducir el vehículo sin contar con la licencia correspondiente.

4o. La sentencia apelada.-

El Tribunal después de relacionar el acervo probatorio recaudado concluyó que debía denegarse la declaración de responsabilidad de la demandada por cuanto las pruebas no permitían establecer que cuando ocurrieron los hechos sólo fue el Agente Polonio Calderón Gutiérrez quien hizo los tres disparos, aparte de que la sentencia penal, debidamente ejecutoriada, proferida dentro del Consejo de Guerra adelantado contra el agente procesado lo absolvió por cuanto se consideró que el encartado no había sido el autor del disparo que causó el deceso violento del joven Bedoya Buitrago, decisión ésta que hizo tránsito a cosa juzgada y cuyos efectos el juzgador de primera instancia aplica en la providencia impugnada para concluir que no había lugar a la declaratoria de responsabilidad a cargo de la entidad demandada.

5o. Razones de la apelación.-

Inconforme la parte actora con la anterior decisión interpuso recurso de apelación por considerar equivocado el criterio del *a-quo* al sostener que no hubo en el caso examinado falla del servicio. Cuestiona la valoración probatoria del proceso penal y sostiene que el Tribunal en este proceso examinó la conducta y la responsabilidad subjetiva del agente Calderón Gutiérrez, lo cual no le correspondía a su jurisdicción, toda vez que a ésta le compete sólo conocer de los actos realizados por la Administración y sus agentes. Aduce además que en el presente caso la Administración faltó a sus obligaciones y deberes consagrados en los artículos 16 de la Carta Política anterior, hoy 2 de la vigente, tendientes a asegurar los deberes sociales del Estado, teniendo en cuenta que la gestión de la Administración Pública compromete a la Nación y a sus agentes, que la soberanía reside en el pueblo y que los funcionarios públicos son responsables por la infracción a la Constitución y las leyes, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones y cuando obren en contra de lo previsto en el orden jurídico, se extralimitan y comprometen a la Administración.

6o. Concepto del Ministerio Público.-

El señor Procurador Décimo Delegado ante esta Corporación en su concepto de fondo sostiene que a pesar de lo decidido por al justicia penal militar, ante esta jurisdicción se presenta un daño antijurídico imputable a la institución a la cual pertenece la patrulla policial. Por tal razón solicita que se revoque la sentencia apelada y se declare la responsabilidad administrativa y se reconozcan las indemnizaciones a que haya lugar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala estima que el fallo apelado debe revocarse para en su lugar acceder parcialmente a las peticiones de la demanda, por las siguientes razones:

1. En el caso bajo estudio se presentó una falla del servicio.

En efecto, en principio la actuación de los miembros de la fuerza pública encaminada a determinar las razones por las cuales el vehículo en que se movilizaban los jóvenes ocupantes del campero Land Rover por las calles de Girardot, en actitud merecedora de atención policiva, se cumplió dentro de los límites de la legitimidad y acorde con las normas reglamentarias para este tipo de procedimiento. El procurar identificar a quienes iban en el vehículo, establecer por qué supuestamente se tapaba la placa con un trapo, el detenerse en horas de la noche aparentemente sin motivo, explican suficientemente que los integrantes de la institución demandada se acercaran al carro mencionado.

Sin embargo, como al parecer quien conducía el campero carecía de los documentos que no sólo acreditaran la propiedad del mismo, sino la autorización oficial o licencia de conducción, tal situación alteró al joven Bedoya Rubio a quien no se le ocurrió solución distinta, humanamente explicable, de pretender escaparse, en cuyo intento casi atropella a algunos miembros de la policía, quienes, sin embargo, prudentemente no utilizaron sus armas.

No obró en cambio, con similar prudencia, el Agente Polonio Calderón Gutiérrez, quien al observar que quienes ocupaban el vehículo mencionado pretendían irse del lugar, sin pensarlo suficientemente sacó su arma de dotación e hizo varios disparos; dos de ellos, según afirma, al aire, y un tercero, al sentirse atacado con arma de fuego por los ocupantes del automotor. Este último disparo, según él, lo dirigió contra las llantas del referido automotor.

Fue este comportamiento precisamente, el que desde el punto de vista administrativo, la Sala le reprocha a la entidad estatal y el que le permite atribuirle la falla del servicio. Faltó el agente Calderón Gutiérrez a sus obligaciones como integrante de la Policía Nacional desde el momento mismo en que sin ser agredido decidió utilizar el arma de dotación oficial para disparar supuestamente al aire y luego contra las llantas del carro conducido por quien es la víctima en este proceso. Ese tipo de disparos contra un vehículo en movimiento, dentro del cual viajaban varios jóvenes cuya vida e

integridad resultaban comprometidas frente a la acción armada del Policía Calderón Gutiérrez, constituyó una conducta culposa por parte de éste, en cuanto exponía a todos los jóvenes a resultar lesionados con sus disparos. No cumplía dicho agente con la obligación de salvaguardar la vida e integridad de aquellas personas ocupantes del campero; por el contrario, con desconocimiento de las normas constitucionales, legales y reglamentarias sobre los derechos de aquellas y sobre la correcta utilización de las armas de fuego, disparó y la verdad es que lo que menos procuró fue causar el menor daño posible con su irresponsable actuación.

De otra parte deduce la Sala la falla del servicio a cargo de la administración, por el hecho de mantener en servicio un agente con antecedentes de violencia y mala utilización de las armas, tan graves y trascendentes, que posteriormente dieron origen a su separación absoluta del servicio activo como miembro de la Policía Nacional. En efecto: el 13 de septiembre de 1983, luego de ausentarse "de la guarnición de Girardot sin permiso ni justificación alguna hallándose en franquicia trasladándose a Flandes Tolima en donde hallándose ingiriendo licor en un establecimiento público hizo uso del arma de fuego (revólver) de dotación oficial haciendo un disparo, cuyo proyectil hizo impacto en el particular Carlos Julio Hidalgo Montoya, causándole daño físico en el maxilar inferior", según consta en el informe rendido por el Jefe la Sección de Archivo de la Policía Nacional (folio 19 C.2). El hecho anterior dio lugar al informativo disciplinario No. 096 mediante el cual se le solicitó a la DIPON la separación en forma absoluta, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

Ahora bien, contra el Agente Calderón Gutiérrez se adelantó una actuación disciplinaria por los hechos a que se refiere este proceso. Como consecuencia de la misma, el Comandante del Departamento de Policía de Cundinamarca, mediante providencia de 5 de noviembre de 1983, decidió: "**Sancionar al AG. CALDERON GUTIERREZ POLONIO C. de C. Nro. 11.309.300 expedida en Girardot, con cinco (5) días de arresto severo más el descuento reglamentario por infringir el Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional en su libro II, Título II, Capítulo VII, artículo 119, literales b), c), y q), consistente en demostrar descuido en el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, contravenir las obligaciones establecidas para el buen servicio y usar las armas de dotación oficial con exceso habiéndole ocasionado la muerte de un disparo de revólver al particular GIOVANNY AUGUSTO BEDOYA BUITRAGO...**" (folio 55 C.2).

Recuerda la Sala que este tipo de pronunciamientos disciplinarios se ha tomado como serio elemento de convicción para acreditar la existencia de una falla en el servicio. Con razón se ha expresado que "la copia del fallo disciplinario constituye prueba de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fue sancionado disciplinariamente por su conducta ilegal e injusta, por fuera de los cánones del buen servicio; sino que ese personal estaba adscrito a la Policía Nacional y que cuando causó la tregedia estaba en misión de servicio... Para la Sala, la copia del fallo en cuestión sería suficiente para evidenciar existencia de la

falla del servicio, porque la decisión pidió la destitución de los miembros de la Policía que efectuaron el operativo, precisamente porque en forma ilegal, so pretexto de un allanamiento, prolongado irregularmente, ejercieron sus funciones con el saldo trágico que se dejó expuesto..." (Sentencia de 10 de octubre de 1986, actor: Nadín Ospina Morales; expediente: 3213; con ponencia del señor Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

Destaca la Sala para los fines de esta providencia la manifestación contenida en el fallo disciplinario, en donde se afirma que "en el curso de la presente investigación **queda demostrado que el único responsable de la muerte del particular GIOVANNY BEDOYA BUITRAGO, es el agente CALDERON GUTIERREZ POLONIO, pues el acervo probatorio nos demuestra que fue el único policia que acciónó armas de fuego, pues así lo afirman los testigos presenciales de los hechos e incluso él mismo confiesa, además que el personal de Auxiliares de Policía que se encontraban reforzando la vigilancia tenían fusil pero no munición para los mismos**". En otras palabras, la propia administración con fundamento en las pruebas recaudadas dentro de la actuación disciplinaria, sostuvo que fue uno de sus agentes en servicio activo quien al accionar el arma de dotación oficial causó la muerte del joven Bedoya Buitrago. Tal manifestación no puede pasarla por alto la Sala por cuanto la misma implica un reconocimiento que permite atribuirle al ente público la falla del servicio y exigirle la responsabilidad patrimonial correspondiente.

Cabe así mismo señalar, para reafirmar la existencia de una falla del servicio, que en curso del proceso disciplinario, según se lee en la providencia aludida, al rendir descargos el agente Calderón Gutiérrez sostuvo que había disparado porque desde el carro le habían disparado a él. Tal manifestación que posteriormente utilizara en el proceso penal para estructurar su defensa, ciertamente no resulta aceptable ni creíble, frente a los más elementales principios lógicos y de crítica probatoria. Basta observar que si el disparo contra él hubiera sido cierto, de lo cual no hay respaldo testimonial, con el mismo revólver no se habría podido causar la muerte del joven Bedoya Buitrago, como lo insinuaron en el proceso penal, ni se hubiera roto el vidrio del conductor, dado que el revólver era de una sola bala y las circunstancias mismas del hecho no permitían accionar otra vez el arma mencionada.

Con referencia a dicho revólver cuya aparición dentro del carro la Sala encuentra en extremo confusa y dudosa, y sólo se explica como una forma absurda de los policías para atribuirle la muerte de Bedoya Buitrago a alguno de sus compañeros y así excluir del hecho al agente Calderón Gutiérrez, ciertamente antes que respaldar los intereses jurídicos de la administración, se constituye en un indicio en su contra. El propio Comandante de Guardia Miller González Tovar manifestó que en la madrugada se encontraron unas botellas de wisky y una puñaleta al revisar el campero, y que se vio en la necesidad de interlinear en el libro de control como elemento hallado en dicho vehículo un revólver, arma esta que extrañamente sólo apareció al día siguiente de los hechos y fue aportada por un agente del F-2. En este proceso el testigó manifestó: "En

la requisa que yo hice no encontré vainillas y lo concerniente al revólver hago anotar que ese revólver no lo encontré yo ni sabía de ese revólver sino cuando los agentes del F-2 vinieron a requisar ese vehículo y encontraron ese revólver" (folio 147 C.1). Agréguese a lo anterior cómo los testigos Alberto Aragón Avila (folio 126 C.2) y José Joaquín Arteaga Ortiz (folio 128), enfáticamente niegan la existencia de dicha arma de fuego dentro del campero, a más de que resulta absurdo aceptar que con un revólver de un sólo disparo, difícil de maniobrar, pretendieran los jóvenes ocupantes del automotor hacer resistencia o agredir a una patrulla de la Policía Nacional cuyos integrantes, en apariencia, se encontraban armados de fusiles, así los mismos estuvieran descargados.

Así mismo toma en cuenta la Sala el contenido del informe que el mismo día de los hechos rindiera el Comandante del Tercer Distrito del Departamento de Policía Cundinamarca al Comando, donde textualmente puede leerse: "Al intimidar requisa trataron de atropellar patrulla (sic) al emprender la huída, **viéndose obligado el Agente CALDERON GUTIERREZ POLONIO, a hacer uso de su arma causando heridas en la persona de GIOVANNY AUGUSTO BEDOYA BUITRAGO...**". Esta versión de primera mano, suministrada por el propio Comandante del Tercer Distrito, como manifiestación de la misma institución demandada, al relacionarla con las consideraciones que anteriormente se hicieron, con el curso del proceso penal en donde se profirió auto de detención, se hizo enjuiciamiento, se declaró contraevidente el veredicto del jurado de conciencia, para en último momento proferir sentencia absolutoria por dudas, conducen a la Sala al convencimiento de que en el *sub-júdice* sí se presentó una falla en el servicio público a cargo de la Policía Nacional al causarle la muerte uno de sus miembros con arma de dotación oficial al joven Giovanny Augusto Bedoya Buitrago. Como consecuencia de esta falla del servicio cuya relación de causalidad con el daño ocasionado a los demandantes es incuestionable, se concluye que se encuentra configurada la responsabilidad extracontractual de la administración y, consecuencialmente, habrá de indemnizarlos en la forma que más adelante se determinará.

2. Consideraciones sobre la sentencia apelada.

Estimó el fallador *a-quo* para dictar la sentencia absolutoria impugnada, que en el *sub-júdice* "la conducta del Agente no es separable o escindible de la falla o falta que se imputa a la Administración. Por el contrario, es la conducta del Agente Público, que se afirma irregular, la que constituye la falla o falta del servicio que se atribuye a la Administración y la que causa el daño por cuya indemnización se reclama frente a ésta.

"Al ser la conducta del agente público, en este caso, identificable con la falla o falta del servicio que se endilga a la Administración y establecido, con la fuerza que deviene de la sentencia ejecutoriada, que el hecho no es imputable a aquél, forzoso es arribar a la conclusión que la falla o falta del servicio no se encuentra configurada. Más exacta o precisamente que no existió el hecho que se imputa a la administración a título de falla del servicio". Como conclusión de estas apreciaciones el Tribunal consideró que por

falta de uno de sus elementos estructurales no se configura la responsabilidad de la Administración y, por consiguiente, las súplicas de la demanda no podían prosperar.

Pilar básico en la fundamentación del fallo apelado es la disposición del artículo 55 del C. de P. P., cuyo texto en el anterior ordenamiento era similar, según lo cual, sostiene el *a-quo*, "la sentencia ejecutoriada proferida en el proceso penal hace tránsito a cosa juzgada con relación a la acción indemnizatoria que pudiera intentarse cuando en la primera se declare que el sindicado no cometió el hecho causante del perjuicio". Tal apreciación, sin embargo, estima la Sala que permite la siguientes precisiones:

En primer término, cabe recordar que como principio general la jurisprudencia de la Sección ha establecido que en cuanto se trate de responsabilidad administrativa fundada en una falla del servicio que derive de una conducta penalmente reprochable de un funcionario, la sentencia que decida sobre esa conducta no constituye necesariamente prejudicialidad forzosa para efectos de decidir acerca de la acción contencioso administrativa.

Tal entendimiento de la cuestión obedece a que entre una y otra acción, la penal y la administrativa, se presentan radicales diferencias en su contenido, filosofía, sujetos afectados, regulación legal y procedimental, sin desconocer, desde luego, que en la mayoría de los casos las sentencias penales inciden de manera muy importante en los fallos que profiere la jurisdicción contencioso administrativa.

Es por ello que el tratamiento que se da en uno y otro caso difiere, por ejemplo, en cuanto a las disposiciones legales aplicables. Así, mientras las normas penales regulan el comportamiento personal del funcionario sindicado y su juzgamiento se somete al ordenamiento procesal penal, las normas y principios que rigen la responsabilidad extracontractual de la administración se aplicarán en el caso de que se presente una falla en el servicio que a aquella le corresponde prestar. Así las cosas, es fácil comprender que según la conducta del funcionario y las circunstancias mismas del hecho, las disposiciones que se aplican en cada caso son diferentes. La actuación penal del agente la rige el Código Penal, en tanto que la actuación de la administración la regula el ordenamiento administrativo. Obviamente, de ese distinto tratamiento normativo dimana el que, por norma general, no se presente prejudicialidad de la decisión penal en el fallo administrativo y que, consecuencialmente, se presenten casos en los que a pesar de existir una sentencia penal absolutoria, se dé respecto de los mismos hechos un fallo administrativo condenatorio, o viceversa.

No comparte la Sala, en su totalidad, la posición asumida por el Tribunal en el fallo recurrido en cuanto sostiene que por haberse absuelto al agente público en el proceso penal bajo el criterio de que no fue el autor del hecho, tal pronunciamiento absolutorio predetermina la decisión que debe proferirse por esta jurisdicción. Tal apreciación no puede generalizarse para casos como el presente, si se toma en cuenta que así se pretenda un reconocimiento resarcitorio tanto en la acción civil, como en la administrativa, lo cierto del caso es que entre una y otra surgen distintos factores que las

diferencian y que, por consiguiente, conducen a conclusiones jurídicas no siempre coincidentes o idénticas.

Si bien es cierto que la condena penal genera para el procesado o para quienes patrimonialmente deban responder, la obligación civil de reparar los daños ocasionados con el delito, la responsabilidad extracontractual de la administración no se origina necesariamente en el hecho punible del agente público, que por lo demás puede no existir, sino que su origen se encuentra en la falla de la administración en la prestación de los servicios públicos. Esta sola diferencia obliga a que en juzgamientos como el que se examina se procure analizar y valorar la situación jurídica apreciando las condiciones fácticas y de derecho aplicables en cada caso, según se trate de la acción civil derivada del delito o de la acción de reparación directa proveniente de una falla en el servicio.

Así mismo, debe diferenciarse la responsabilidad penal del agente que es el tema de decisión en el proceso penal, de la responsabilidad administrativa que es materia de definición en el contencioso administrativo, dado que en aquella, la penal, el proceso asume las secuelas punitivas del hecho criminoso, en tanto que, en la segunda, al ser demandada, corresponde a la administración afrontar las consecuencias patrimoniales de la falla en la prestación de los servicios, responsabilidad que surge independientemente de la existencia y sanción del hecho punible.

Se distingue igualmente la responsabilidad penal de la administrativa, en cuanto la primera nace de la violación dolosa o culposa de una norma penal, mientras que la segunda surge de un hecho dañoso ejecutado por el Estado, el que puede o no ser constitutivo de una conducta penalmente reprochable. También se traslada esa diferenciación en cuanto al manejo probatorio de cada tipo de responsabilidad, si se tiene en cuenta que la responsabilidad penal no se presume, como sí se presume la inocencia, y que es imperativa su plena demostración, en tanto que la responsabilidad extracontractual administrativa, sí es susceptible de presunciones, hasta el punto de que en muchos casos es suficiente acreditar el hecho dañoso imputable a la entidad, el perjuicio y el nexo causal para declarar la responsabilidad estatal.

Pero además de lo anterior, observa la Sala que no siempre son las mismas partes las que intervienen en cada uno de los procesos y en este punto también difieren la acción penal de la administrativa. Mientras que en la actuación penal intervienen el procesado, el defensor, el Ministerio Público y la Parte Civil cuando a bien lo tienen los perjudicados o la ley lo permite, en el proceso administrativo intervienen los pretendidos damnificados generalmente como demandantes y el ente público como demandado, con participación ahora más restringida del Ministerio Público.

En las anteriores condiciones, dadas las diferencias rápidamente enunciadas entre una y otra acción, estima la Sala que no puede brindárseles un tratamiento idéntico respecto de sus efectos, hasta el punto de que la sentencia del juez penal en todos los casos condicione la decisión del juez administrativo. Esta, por lo demás, ha sido tesis

sostenida en varias oportunidades por la Sala, entre otras, en providencia de 28 de junio de 1991, actor: Ricardo Antonio Serna Ruiz, con ponencia del señor Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo donde se dijo: "Aquí se repite que el juez administrativo, si tiene otras pruebas u otros elementos de juicio distintos a los que le suministre la sentencia penal podrá, sin desconocer la cosa juzgada, llegar en materia de responsabilidad administrativa a una solución en aparente contradicción con aquélla. Se dice en "aparente" contradicción porque en el fondo se refieren a aspectos o realidades diferentes. Así, podrá el juez administrativo declarar que hubo falla del servicio a pesar de la absolución penal del agente o absolver a la entidad pública pese a la condena de aquel. Y lo anterior no puede entenderse sino teniendo clara la idea inicial expuesta en el numeral 1o. de este fallo, que el hecho del agente puede dar lugar a la aplicación de dos normatividades diferentes: la penal para el delito y la administrativa para la responsabilidad del ente a que pertenece el agente que lo cometió".

Estima la Sala, sin olvidar que en esta materia no puede establecerse una regla absoluta que valga para todos los casos, porque cada proceso contiene una situación diferente y sólo la apreciación de los elementos de hecho y de derecho del mismo permiten al juzgador decidirlo, que no puede tomarse como norma general el pretender que sea la sentencia penal la condicionadora de la decisión administrativa, cuando además de las ostensibles diferencias anteriormente señaladas, los fundamentos jurídicos de una y otra son sustancialmente distintos: en la penal priman el dolo, la culpa o la preterintención del procesado, en tanto que en la administrativa es determinante la falla del servicio institucional o anónima del ente administrativo. Si no se establecieran estas diferencias, la segura consecuencia sería que el juzgador administrativo no podría fallar hasta tanto el juez penal no produjera su decisión. Tal situación legal y jurisprudencialmente no se encuentra establecida.

Con fundamento en lo relacionado en el punto primero de estas consideraciones y con criterio valorativo ajeno al fallo de la justicia penal militar, ha encontrado la Sala distintos elementos probatorios que le permiten concluir que en el *sub-júdice* sí se presentó una falla del servicio a cargo de la Policía Nacional, institución ésta que de una u otra manera permitió el desarrollo de los hechos en que falleció el joven Bedoya Buitrago, por cuya ocurrencia la propia entidad demandada hubo de sancionar a quien desde su inicio la propia administración señaló como autor de dicho homicidio. Tales circunstancias, específicamente señaladas y destacadas en este caso en particular, se consideran suficientes para estructurar la falla del servicio y consecuencialmente declarar la responsabilidad del ente demandado, previa revocatoria, desde luego, de la sentencia recurrida.

Ahora bien, de acuerdo con la información procesal contenida tanto en las actuaciones disciplinaria y penal, como en la contencioso administrativa, resulta incuestionable que el comportamiento imprudente y evasivo de la víctima originó y dio lugar a lo sucedido, razón por la cual habrá de reducirse el monto indemnizatorio en un cincuenta por ciento.

3. Los perjuicios.

Se reclaman en la demanda únicamente perjuicios de orden moral en cuantía equivalente a 1000 gramos de oro fino, para cada uno de los progenitores del occiso y para cada uno de sus hermanos. A tal reconocimiento accederá la Sala por cuanto se acreditaron suficientemente las calidades de padres y hermanos de la víctima. Sin embargo, para estos últimos, de acuerdo con el criterio jurisprudencial de la Sección, el monto de los perjuicios morales se señala en una suma equivalente a 500 gramos del aludido metal para cada uno, por lo que en este caso habrán de ser fijados en el equivalente a 250 gramos para cada hermano.

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.- REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la de 15 de abril de 1993, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO.- DECLARASE administrativamente responsable en proporción de un cincuenta por ciento (50%) a la Nación - Policía Nacional, por la muerte del joven GIOVANNY AUGUSTO BEDOYA BUITRAGO, sucedida en la madrugada del 13 de noviembre de 1983 en el perímetro urbano de la ciudad del Girardot.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENASE a la Nación - Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades de dinero: para AUGUSTO JOSUE BEDOYA OLAYA e IDALY RUBIO DE BEDOYA, progenitores del occiso, una suma equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino, para cada uno, y, para FABIO HERNAN BEDOYA RUBIO, ALEXANDER ALBERTO BEDOYA RUBIO y FRANZ LEONARDO MARCELO BEDOYA RUBIO, hermanos de la víctima, el equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos del mismo metal, para cada uno.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

CUARTO.- Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias auténticas de la sentencia, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, el Ministerio Público y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO. Devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reitera la providencia de 10 de octubre de 1986, Expediente 3213; Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 28 de junio de 1991, con ponencia del Doctor Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Ricardo Antonio Serna Ruiz, Expediente 6249.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA-Gamines/**DERECHOS DEL NIÑO/ DERECHO A LA VIDA/PERJUICIOS MORALES A LESIONADOS/PERJUICIOS MORALES A MENORES**

La magistratura ve con preocupación seria el trato que algunos miembros de la autoridad policiva dan a los mal llamados "GAMINES", a los cuales se elimina físicamente so pretexto de "SANEAR EL MEDIO SOCIAL", con olvido de que ellos son seres humanos, que por su posición económica, social y cultural deprimida, merecen una especial consideración del Estado, máxime cuando éste se ufana de ser SOCIAL DE DERECHO. La sociedad está harta de manifestaciones de poder que a menudo resultan ofensivas para miles de personas que exigen que se les respete al menos el derecho a vivir, así sea en las peores condiciones. Por ello se ocultan en las alcantarillas, duermen escondidos debajo de los puentes. La Policía Nacional se supone educada para superar y vencer ambientes encogidos y crispados. Por ello tiene el deber de superar las tensiones violentas, los activismos desbordantes, y las vivencias excitadoras.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 8990. Actor: María Teofilde Hernández de Ardila. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa Policía Nacional.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el "**GRADO DE CONSULTA**" de la

sentencia calendada el día veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva,**DISPUSO**:

PRIMERO: Declárase administrativamente responsable a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional), por la heridas y pérdida o disminución de la capacidad causadas a JOSE FERNANDO CASTIBLANCO y el dolor sufrido por MARIA TEOFILDE HERNANDEZ -en la condición de madre del primeramente nombrado- y a CLAUDIA HELENA NIÑO y ANA SILVIA ARDILA HERNANDEZ -en sus condiciones de hermanas de José Fernando Castiblanco-. El hecho ocurrido el día 15 de diciembre de 1987 y fue ejecutado con armas de fuego de dotación oficial, y por agentes de la Policía Nacional, Heydler Calvo Javier y Herrera León Daniel.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar por concepto de los perjuicios morales causados, a favor de:

"a.- A José Fernando Castiblanco: La suma en pesos colombianos del valor de trescientos gramos oro, certificados por el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"b.- A la madre de José Fernando Castiblanco, señora María Teofilde Castiblanco: la suma en pesos colombianos del valor de ciento cincuenta gramos oro, certificados por el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"c.- A las hermanas de José Fernando Castiblanco, Claudia Helena Niño, y Ana Silvia Ardila Hernández: la suma en pesos colombianos del valor de setenta y cinco gramos oro, para cada una de ellas, certificados por el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración primera, condénase a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional) a pagar a favor de JOSE FERNANDO CASTIBLANCO, por concepto de los perjuicios materiales, la suma se siete millones ciento cuarenta y un mil seiscientos cuarenta y cuatro pesos con noventa y cinco centavos ($7.141.644.95), que será actualizada de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO:- Las sumas líquidas de las condenas fijadas anteriormente, ganarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y moratorios después de este término hasta su cancelación.

QUINTO: Para el cumplimiento de este fallo, dése aplicación a los artículos 176 177 del C.C.A., Decreto Ley 01 de 1984.

SEXTO: Sin condena en costas, pues no se causaron.

SEPTIMO: Si esta providencia, no fuere apelada, consúltese con el H. Consejo de Estado (artículo 184 *ibidem*)" (folios 126-127, C.1).

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

"La señora MARIA TEOFILDE HERNANDEZ -en nombre propio y en el de sus menores hijos José Fernando Castiblanco y Claudia Helena Niño-, y ANA SILVIA ARDILA HERNANDEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la accion de reparación directa y cumplimiento, consagrada en el artículo 86 (1), presentaron demanda 16 de mayo de 1989 -folio 11- en contra de la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional - Policia Nacional), para que en su contra se hagan las siguientes declaraciones y condenaciones:

"PRETENSIONES:

"PRIMERA: Declarar a la NACION (MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL), administrativa y extracontractualmente responsable de las heridas y pérdida o disminución de la capacidad laboral sufridas por José Fernando Castiblanco, el día 15 de diciembre de 1987 en la ciudad de Bogotá, a manos de los Agentes de la Policía Nacional Heydler Calvo Javier y Herrera León Daniel.

"SEGUNDA: Condenar a la NACION (MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL), a pagar a favor de JOSE FERNANDO CASTIBLANCO los perjuicios materiales sufridos teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

""A) El salario mínimo vigente el 15 de diciembre de 1987.

""B) Ajustada dicha cifra teniendo en cuenta la variación porcentual vigente entre el 15 de diciembre de 1987 y la que exista cuando se produzca el fallo, del índice de precios al consumidor.

""C) El cálculo de vida probable del demandante, según la tabla de supervivencia elaborada por el Instituto de Seguros Sociales o por la Superintendencia Bancaria;

""D) La fórmula de matemáticas financieras aceptadas por el Consejo de Estado, incluído un interés técnico del seis por ciento (6%) para los perjuicios materiales debidos o consolidados.

"TERCERA: Condenar a la NACION (MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL) a pagar a cada uno de los demandantes el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de oro puro o fino, según su precio internacio-

nal certificado por el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segundo grado:

"A) Para MARIA TEOFILDE HERNANDEZ DE ARDILA y JOSE FERNANDO CASTIBLANCO, un mil gramos (1000) para cada uno de ellos.

"B) Para CLAUDIA HELENA NIÑO HERNANDEZ y ANA SILVIA ARDILA HERNANDEZ, quinientos gramos (500) para cada una.

"CUARTA: Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y la Nación pagará intereses sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia en la forma siguiente: comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término (véanse folios 3 y 4 del cuaderno 1).

II. ANTECEDENTES:

"1. JOSE FERNANDO CASTIBLANCO, es hijo extramatrimonial de MARIA TEOFILDE HERNANDEZ y nació en Bogotá el 14 de abril de 1972.

"2. CLAUDIA HELENA NIÑO HERNANDEZ, es hija extramatrimonial de MARIA TEOFILDE HERNANDEZ y nació en Bogotá el 29 de abril de 1976.

"3. ANA SILVIA ARDILA HERNANDEZ, nació el 10 de mayo de 1966 y es hija de MARIA TEOFILDE HERNANDEZ y hermana de JOSE FERNANDO CASTIBLANCO.

"4. JOSE FERNANDO CASTIBLANCO no pudo recibir educación y se dedicó a cuidar carros en el Restaurante Kokorico, ubicado en la carrera 24 con calle 68 de la ciudad de Bogotá.

"5. JOSE FERNANDO CASTIBLANCO vivía con su madre y hermana CLAUDIA HELENA NIÑO HERNANDEZ bajo un mismo techo en la ciudad de Bogotá.

"6. JOSE FERNANDO CASTIBLANCO guardaba relaciones de cariño, afecto ayuda mutua con su hermana ANA SILVIA HERNANDEZ.

"7. En el mismo barrio donde queda el Restaurante Kokoriko mencionado en el punto 4 de estos hechos, existe el C.A.I., No. 70 del barrio Siete de Agosto, en el cual prestaban servicio como Agentes de la Policía Nacional, Haydler Calvo Javier y Herrera León Daniel.

"8. Los anteriores agentes con frecuencia se dedicaban a dar malos tratos a algunos menores del barrio, los esposaban y los conducían al parque Los Alcázares, donde les quitaban sus ropas y las quemaban.

"9. El 7 de diciembre de 1987 llegaron los agentes mencionados al restaurante Kokoriko y llevaron en una moto por los lados del campín al menor JOSE FERNANDO CASTIBLANCO, hacia las ocho y media de la noche y le dijeron que le iban a disparar y JOSE FERNANDO comenzó a gritar y salieron unos civiles por una ventana y el Agente Heydler le pegó una patada en el estómago y le dijo "váyase".

"10. El 15 de diciembre de 1987 hacia las siete y media de la noche, volvieron los agentes ya dichos al Restaurante Kokoriko, capturaron y esposaron al menor JOSE FERNANDO CASTIBLANCO sin ninguna justificación ni orden de autoridad competente y lo llevaron hacia el Norte por la carrera 24, bajaron por la calle 72 hasta el Colegio Panamá en el barrio San Fernando y allá lo bajaron y lo golpearon brutalmente y luego sacaron su arma de dotación oficial y le dispararon dos tiros cada uno de los agentes. En medio de la desesperación, el miedo y el pánico, JOSE FERNANDO CASTIBLANCO se tiró contra una puerta que había detrás de él y la puerta se cayó y entonces los agentes mencionados prendieron sus motos y huyeron.

"11. El menor JOSE FERNANDO CASTIBLANCO quedó abandonado frente a la carrera 45 No. 73-38 en la casa del señor Campo Elías Marín Parra, quien lo oyó gritar y pedir auxilio y diciendo que lo iban a matar. El señor Marín salió y vió los agentes cuando huian en sus motos hacia el Norte y alta velocidad, JOSE FERNANDO CASTIBLANCO se arrastró y entró a la casa y se quedó con la señora de Campo Elías Marín Parra quien salió corriendo a pedir auxilio.

"12. Posteriormente llegó el agente de la Policía Nacional Hernán Ortiz Sastoque quien vio a la víctima herida y lo auxilió y lo trasladó al Hospital La Granja en una camioneta de la Policía Nacional.

"13. Del Hospital anterior, como el caso era de gravedad y no había quien le sacara las balas, lo enviaron en una abulancia al Hospital Simón Bolívar y allí estuvo hospitalizado hasta el 24 de diciembre y en ese tiempo le extrajeron los proyectiles.

"14. Luego estuvo acostado en su casa, ayudado por su mamá hasta el 4 de febrero de 1988, cuando volvió al Hospital y le quitaron una bolsa que tenía y le habían puesto en el hospital para hacer sus necesidades fisiológicas y estuvo hospitalizado varios días más.

"15. Las heridas causadas en el cuerpo de JOSE FERNANDO CASTIBLANCO por los agentes de la Policía Nacional susodichos, le han producido graves perturbaciones morales y materiales. Las primeras porque es natural y lógico que luego de ser uno atropellado, golpeado y herido con un revólver por miembros de una institución creada para hacer lo contrario, quede traumatizado de por vida y con temor a cualquier autoridad, es decir que éstas en lugar de infundir respeto y acatamiento al demandante, seguramente le influirán recelo, desconfianza,

miedo y perjuicios materiales también ha sufrido el demandante JOSE FERNANDO CASTIBLANCO porque su capacidad laboral se verá disminuída en el futuro. Cicatrices y dolores en el estómago debido a las balas que recibió su cuerpo disminuyen su capacidad laboral. Así mismo las heridas le han dejado un síndrome mental orgánico traumático que también disminuye su capacidad de trabajo. Esta disminución se determinará en el proceso de acuerdo con lo dictaminado por la Oficina respectiva del Ministerio de Trabajo.

"16. También ha recibido perjuicios morales para MARIA TEOFILDE HERNANDEZ y sus hijas CLAUDIA HELENA NIÑO y ANA SILVIA ARDILA HERNANDEZ, en su condición de madre y hermana de la víctima.

"Es humano sufrir cuando se ve herido, hospitalizado y con pérdida de su capacidad laboral a un ser querido. Como la menor CLAUDIA HELENA NIÑO y la víctima vivían bajo un mismo techo con su madre, esos perjuicios morales han sido los más elevados aceptados por la jurisprudencia del Consejo de Estado; un mil gramos (1000) para la madre y quinientos (500) gramos para cada una de las hermanas.

"17. Ha habido un comportamiento irregular de la parte demandada que no encaja dentro del funcionamiento normal del servicio público de policía. Las autoridades, reza el artículo 16 de la Constitución Política están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes.

"El artículo 4o. del Código de Policía dice que "en ningún caso la Policía podrá emplear medios incompatibles con los principios humanitarios". Y el artículo 10 de la Ley 74 de 1968 preceptúa que toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

"18. En otras palabras, se ha configurado una falla del servicio o falta de la administración.

"19. Existe una relación de causa a efecto entre la falta y los daños causados.

"20. La misma Policía Nacional, por providencia de cartorce de julio de mil novecientos ochenta y ocho, sancionó con la separación absoluta de la institución a los Agentes Heydler Calvo Javier y Herrera León Daniel, debido al comportamiento ilegal e irregular que tuvieron con el demandante JOSE FERNANDO CASTIBLANCO.

"21. La sanción anterior la considero ejemplar y son dignos de felicitación al señor General José Guillermo Medina Sánchez y su Ayudante General Fabio Campos Silva. Este tipo de providencias hace recordar la fe en la Policía y es un freno para que ésta se convierta en ejecutora de violencia y de crímenes, actos que sin lugar a dudas ayudan al deterioro de nuestro precario orden público. Si la

violencia viene desde el poder, el país se desenfrenará, pero si se sanciona a quienes desde las instituciones fomentan actos arbitrarios y además se indemniza dentro de la equidad a las víctimas, nuestra democracia se consolidará cada día más. "Véase folios 4 a 8 del cuaderno 1 del expediente" (fls. 104-108,C.1).

.....

.....

"Si bien el Consejo de Estado, en casos como el que se estudia, -sobre responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas- últimamente ha venido predicando la tesis de la responsabilidad presunta (2), el Tribunal analizará el asunto dentro del régimen de falla presunta, en razón a que las partes establecieron dentro de esa modalidad, sus pretensiones y defensas procesales.

"C. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ADMINISTRATIVA, POR FALLA.

"Para que pueda configurarse la responsabilidad por falla de la administración, se requiere de tres elementos:

PRIMERO. UNA ACTUACION ADMINISTRATIVA QUE PUEDA CALIFICARSE DE IRREGULAR. Ella se traduce en los que se ha denominado como una culpa, falla o falta del servicio, o culpa de la administración, figura de origen jurisprudencial que se presenta, cuando el servicio público no ha funcionado, ha marchado mal o se ha ejecutado tardíamente. **SEGUNDO**. UN DAÑO O PERJUICIO que reúna ciertas condiciones, es decir, que sea cierto, que sea particular -a las personas que solicitan reparación-, que sea anormal y, que refiere a una situación jurídicamente protegida, y un **TERCER ELEMENTO**, UN NEXO CAUSAL entre la actuación que se imputa a la administración y el daño causado, es decir, que éste debe ser el resultado de la actividad administrativa.

"El elemento falla en el presente asunto no requiere de comprobación, pues el hecho del cual se presume aquélla, está plenamente establecido; no hay prueba que el hecho impugnado se liga a la utilización que la Nación hizo de instrumento destinado a una actividad peligrosa, como es el arma de fuego (artículo 2356 del C.C.).

"En el orden que fueron expuestos los elementos de responsabilidad extracontractual subjetiva, se empezarán a estudiar.

"1. La actuación administrativa:

"a.- El material probatorio:

"a.1. Oficio de julio 5 de 1990, del Jefe de Archivo General de la Policía Nacional, por medio del cual remite a este Tribunal, las hojas de vida de los Agentes, Herrera Léon Daniel y Heydler Calvo Javier (Documento público, folio 1 del cuaderno 4).

"a.2. resolución 8749 de 29 de diciembre de 1981, artículo 251, por medio de la cual se nombra como Agente de la Policía Nacional al señor Herrera León Daniel (Documento público, folio 153 del cuaderno 2).

"a.3. Resolución 1288 del 04 03 85, artículo 251, por medio del cual se nombra como agente de la Policía Nacional a Heydler Calvo Javier (Documento Público, folio 151 del cuaderno 2).

"a.4. Oficio de julio 13 de 1990, de la Coordinadora de la Unidad de Capturas y Antecedentes de la Dirección de la Policía Judicial e Investigación. Se indica en éste, que consultada la información sistematizada no se encuentra registro alguno a nombre de José Fernando Castiblanco (Documento público, folio 4 del cuaderno 4).

"a.5. Libro de población, en donde está anotado el hecho ocurrido el día 15 de diciembre de 1987, en relación con José Fernando Castiblanco (Documento público, folio 138 del cuaderno 2).

"a.6. Testimonio del señor Campo Elías Marín Parra, rendido ante este Tribunal, y relativo a cómo ayudó a José Fernando Castiblanco en el momento de los hechos, cuando aquél gritaba que agentes de la Policía lo estaban matando; señaló el testigo que cuando abrió la puerta de su casa observó que dos agentes de la policía escapaban en motos (Folio 10 a 11 del cuaderno 4).

"a.7. Oficio de julio 6 de 1990 del Jefe de División de Armamento de la Policía Nacional, informando a este despacho que los agentes Herrera León Daniel y Heydler Calvo Javier, para el 15 de diciembre de 1987, prestaban sus servicios al Departamento de Policía Metropolitana (Documento público, folio 3 del cuaderno 4).

"a.8. Informativo disciplinario seguido por el Departamento de Policía de Bogotá, Décima Tercera Estación a los agentes de policía HERRERA LEON DANIEL y HEYDLER CALVO JAVIER, por violaciones del R.D.H.; investigación iniciada el 160188 y terminada el 170288 (folio 180 y siguientes del cuaderno 2).

"a.9. Concepto de 17 de febrero de 1985, emitido por el Oficial Investigador de la Policía Metropolitana de Bogotá, Décima Tercera Estación; en esta investigación se concluye solicitando al Comando del MEBOG.

"...pedir ante la Dirección General de la Policía, la separación en forma absoluta y con nota de mala conducta para los agentes Heydler Calvo Javier... y ...Herrera León Daniel, por haber quedado demostrado dentro de la investigación que violaron normas que define y sanciona el R.D.H. para la Policía Nacional en su libro II, capítulo II, artículo 125 literales a) y b), consistente en haber causado heridas con arma de fuego al menor JOSE FERNANDO CASTIBLANCO HERNANDEZ, con el agravante de quemarle la ropa y

golpearlo en repetidas ocasiones..." (Documento Público, folios 114 a 121 del cuaderno 2).

"a.10. Providencia de primera instancia, proferida por el Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá -Comando-, de abril 6 de 1988, por medio de la cual se acoge en todas sus partes el concepto emitido por el funcionario investigador, y por tanto se solicita al Director General de la Policía Nacional la SEPARACION ABSOLUTA, con nota de mala conducta de cada uno de los Agentes HERRERA LEON DANIEL y HEYDLER CALVO JAVIER (Documento público 110 a 112 del cuaderno 2).

"a.11. Providencia de mayo 2 de 1988, proferida por el Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá -Comando-, por medio de la cual se resuelve**negando** el recurso de reposición formulado contra la anterior decisión (Documento público, folio 100 a 102 del cuaderno 2).

"a.12. Providencia de julio 14 de 1988, proferida por la Dirección General de la Policía Nacional, por medio de la cual, se resuelve negando el recurso de apelación, contra la decisión de primera instancia por medio de la cual se pidió la separación de los agentes, ya mencionados. La decisión de la apelación, además separa en forma adsoluta de la institución, con nota de mala conducta de cada uno de los agentes, HERRERA LEON DANIEL y HEYDLER CALVO JAVIER (Documento público 86 a 92 del cuaderno 2).

"a.13. resolución 6548 del 19 09 88, por medio de la cual se separa en forma absoluta de la Policía Nacional, el Agente HERRERA LEON DANIEL (Documento público, folio 67 del cuaderno 2).

"a.14. resolución 6848 de 1988, por medio de la cual se separa en forma absoluta de la Policía Nacional, al Agente HEYDLER CALVO JAVIER (Documento público, folio 90 del cuaderno 3).

"a.15. Oficio de febrero 19 de 1991, del Servicio de Salud de Bogotá, D.E., informando a este Tribunal, que José Fernando Castiblanco, es paciente de 15 años, que el día 15 de diciembre de 1987 sufrió múltiples heridas por arma de fuego y fue remitido a esa institución para laparatomia exploratoria siendo necesario nefrectomía izquierda, resección intestinal; entre otros se programó cierre de la colostomía para el 4 de febrero de 1988. (Documento público, folios 64 y 65 del cuaderno 1 y 6 y 7 del cuaderno 4).

"a.16. Oficio de octubre 10 de 1991, emanado de la Dirección General de la Medicina Legal, remitiendo a este Tribunal, en el que consta entre otros, que examinado José Fernando Castiblanco, se halla que se le practicó cirugía pediátrica; es paciente de 15 años, quien sufrió múltiples heridas por arma de fuego, "remitido a esta institución para laparatomía exploratoria, colostomía

izquierda resección intestinal, colostomía transitoria... colostomía izquierda permeable en flanco izquierdo se programa el 4 de II.88 para el cierre... bajo anestesia general se realiza cierre colostomía" (Documento público en original, folios 49 y 75 del cuaderno 1).

"2. Análisis probatorio:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 *ibídem*, las pruebas serán apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y se expondrá razonadamente el mérito que se les asigne.

"a. Se probaron los siguientes hechos:

"a.1. En el C.A.I. No. 70 del barrio Siete de Agosto, ciudad de Bogotá, prestaban servicios como agentes de la Policía Nacional, los señores Heydler Calvo Javier y Herrera León Daniel.

"a.2. El 15 de diciembre de 1987 llegaron los agentes mencionados se llevaron en una moto a la calle 72 con K 24 al menor JOSE FERNANDO CASTIBLANCO sin ninguna justificación ni orden de autoridad competente; luego lo bajaron y lo golpearon y además sacaron su arma de dotación oficial y le dispararon. En medio de la desesperación, JOSE FERNANDO CASTIBLANCO se tiró contra una puerta; quedó abandonado frente a la carrera 45 No. 73-38 en la casa del señor Campo Elías Marín Parra, quien lo oyó gritar y pedir auxilio y diciendo que lo iban a matar. El señor Marín salió y vio los agentes cuando huian en sus motos hacia el norte.

"a.3. La Policía Nacional, sancionó con la separación absoluta de la institución a los agentes Heydler Calvo Javier y Herrera León Daniel, debido al comportamiento ilegal e irregular que tuvieron con el demandante José Fernando Castiblanco.

"Los anteriores hechos como ya se vio, se establecieron todos con prueba documental pública, expedida en **ejercicio de función administrativa.**

"Y a más de la naturaleza de acto administrativo que tiene la sanción impuesta a los agentes del Estado, y que por tanto se ampara con las presunciones de veracidad y de legalidad, concomita con esa naturaleza también la de ser documento público, que a términos del artículo 264 del C.P.C., hace "...fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza".

"La tesis del Consejo de Estado, ya reiterada, sobre el valor de las decisiones disciplinarias condenatorias con respecto a la falla del servicio que se imputa al Estado, por actuaciones anómalas de sus agentes, ha sido la siguiente:

"" ... la copia del fallo disciplinario constituye prueba documental de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fue sancionado disciplinariamente por su conducta ilegal e injusta, por fuera de los

cánones del buen servicio, que ese personal estaba adscrito a la Policía Nacional y que cuando causó la tragedia estaba en misión del servicio. Para la Sala la copia del fallo en cuestión sería suficiente para evidenciarla existencia de la falla del servicio..."".

"En el caso *sub-lite* puede observarse que la parte demandada no demostró ningún hecho eximente de responsabilidad, motivo por el cual, la presunción que opera en su contra, no se desvirtuó. Y como el hecho a partir del cual se presume la falla, se probó plenamente, consistente en haber ocasionado la muerte del señor por Agente de la Policía Nacional, y con un instrumento destinado a una actividad peligrosa, como es el arma de fuego (artículo 2356 del C.C.), resta establecer si se produjo daño y la relación de causalidad entre éste y la actuación anómala de la administración.

"No hay duda pues que el primer elemento de responsabilidad se evidenció en este proceso" (fl. 111-117).

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

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

"Como la sentencia viene en grado de consulta solicito la confirmación de la misma. Anoto que la condena por perjuicios morales fue corta ya que a la víctima se le dio un grado de invalidez del sesenta por ciento, hecho que amerita una indemnización más alta. Pido por tanto no rebajar dicha indemnización. En cuanto a los perjuicios materiales solicito la actualización de la suma tal como lo dice el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia. Sobre la legitimación para demandar anoto lo siguiente. José Fernando Castiblanco tiene derecho a su indemnización ya que vive y figura como demandante. Nada tendrá por tanto que ver su registro civil.

"Respecto de María Teofilde Hernández, se demostró su legitimación con el registro civil de nacimiento de José Fernando Castiblanco Hernández. Allí se puede ver que este fue reconocido por su padre Hortensio Castiblanco, quien firmó dicho registro y manifestó con tal acto que engendró a José Fernando Castiblanco en la mujer María Teofilde Hernández Arandia. El mismo padre de la víctima reconoció que con la mujer que tuvo como hijo a José Fernando Castiblanco fue con María Teofilde Hernández. También ella cuando confirió poder para demandar dijo actuar en nombre propio y en representación de sus hijos menores José Fernando Castiblanco y Claudia Helena Niño. Igualmente dentro del proceso se recibieron los testimonio de Melquisedec Guarín, Campo Elías Marín, Maruja Riascos Riascos y Jairo Humberto Martínez quienes ante la magistrada ponente respondieron a sus preguntas. De dichas declaraciones se colige que María Teofilde Hernández es la mamá de José Fernando Castiblanco y que lo ayudó en su enfermedad.

"En cuando a la demandante Claudia Helena Niño Hernández, ella figura en su registro civil de nacimiento como reconocida por Gabriel Niño Ramírez quien al hacerlo manifestó que la engendró en María Teofilde Hernández. Y Ana Silvia Ardila Hernández figura en su registro civil de nacimiento como hija de Ana Teofilde Hernández. También se puede tomar como terceras afectadas porque los testigos declararon como la víctima era visitada por Ana Silvia y que el grupo familiar estaba compuesto por la madre y sus hijas.

"En cuanto a la falla del servicio ella se acreditó suficientemente dentro del proceso tal como lo analizó la sentencia. Dejo así presentado mi alegato de conclusión" (fl. 134-136, 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 dio la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica basta recordar que los agentes Heydler Calvo Javier y Herrera León Daniel, fueron separados en forma absoluta de la institución "...por haberse demostrado que incurrieron en faltas constitutivas de mala conducta, al tenor del artículo 125, literal a) del Reglamento de Disciplina y Honor, en concordancia con el artículo 124 *ibídem*, consistente en: **infligir tratos crueles y degradantes al menor José Fernando Castiblanco, maltratándolo de obra, esposándolo, quemándole la ropa y causándole lesiones graves con arma de fuego en diferentes partes del cuerpo, sin motivo ni causa justificada.** Hechos ocurridos en la ciudad de Bogotá entre el 1o. y el 15 de diciembre de 1987", como se lee en la providencia calendada el día catorce (14) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), originaria de la Dirección General de la Policía Nacional, que confirmó la decisión tomada por el Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá.

De los considerandos del proveído ya citado, la Sala retiene los siguientes apartes, por resultar bien ilustrativos de la realidad fáctica. En ellos se lee:

"1. Niegan los inculpados las lesiones que le infligieron al menor, pero aceptan como normal y motivo de reconocimiento público los malos tratos que les dieron o que le daban a los gamines en reiteradas ocasiones, tales como conducirlos a los parques, quemarles la ropa y humillarlos.

"2. El hecho que el menor se haya equivocado en un sólo número de chalecos que portaban los dos uniformados, no le quita credibilidad su versión. Además, como el quejoso lo dice, desde hacía varios meses conocía los Agentes por que éstos se dieron la tarea cotidiana de llevarlos a pasear en moto, esposarlo, conducirlo a los parques donde lo maltrataban y lo amenazaban de muerte, por

lo tanto no tenía ninguna dificultad para identificarlos. A lo anterior se agrega la declaración del dueño de la casa, a donde el agredido entró a pedir auxilio, afirma que vio en ese instante salir corriendo en una moto a dos agentes y la circunstancia de encontrarse a esa hora de servicio, como aparece en los libros del C.A.I., No. 70, indica que precisamente a la hora de los hechos patrullaban el mismo sector". (fl. 92, C.2).....

.....

"Atropellos como los que cometieron contra el menor CASTIBLANCO no se puede tolerar, porque son contrarios a la moral y a las buenas costumbres; denotan en sus autores cierta inclinación a la crueldad y demuestran un menosprecio por la vida de gentes que merecen protección y mejor trato por parte de la Policía y la sociedad en general". (fl. 93, C.2).

La Sala celebra que la máxima autoridad policiva haya sancionado a los agentes responsables con el retiro, en forma absoluta de la Institución, pero no encuentra a lo largo del proceso prueba alguna que indique que Javier Heydler Calvo y Daniel Herrera, hayan sido investigados desde el punto de vista penal. Por ello dispondrá que copia de esta sentencia se envíe a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

La magistratura ve con preocupación seria el trato que algunos miembros de la autoridad policiva dan a los mal llamados "GAMINES", a los cuales se elimina físicamente so pretexto de "SANEAR EL MEDIO SOCIAL", con olvido de que ellos son seres humanos, que por su posición económica, social y cultural deprimida, merecen una especial consideración del Estado, máxime cuando éste se ufana de SER SOCIAL DE DERECHO. La sociedad está harta de manifestaciones de poder que a menudo resultan ofensivas para miles de personas que exigen que se les respete al menos el derecho a vivir, así sea en las peores condiciones. Por ello se ocultan en las alcantarillas, duermen escondidos debajo de los puentes. Son los siervos del pan: fecunda horda que llena el mundo de vencidos, como se pregona en Anarkos. La Policía Nacional se supone educada para superar y vencer ambientes encogidos y crispados. Por ello tiene el deber de superar las tensiones violentas, los activismos desbordantes, y las vivencias excitadoras. La Institución debería hacer suyo el mensaje de Teresa de Calcuta cuando predica:

"Sed generosos y comprensivos. Que nadie jamás venga a vosotros sin que pueda irse mejor y más feliz. Sed la viva expresión de la bondad de Dios: bondad en vuestro rostro, bondad en vuestros ojos, bondad en vuestra sonrisa, bondad en vuestro caluroso saludo".

Saber captar la angustia, el hambre de amor, la necesidad de acogida del prójimo, no es una simple habilidad, o una cuestión de poder, de prestigio, de ciencia o de odio, sino de simple sensibilidad espiritual. Y la sensibilidad, como lo enseña Gregorio Mateu, no necesita estudios especiales ni entrenamientos sofisticados, "sino saber abrir los ojos, los oídos... y el corazón al hermano".

B) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, la Sala la encuentra bien demostrada. La señora MARIA TEOFILDE HERNANDEZ, al conferir poder para que el mandatario judicial representara a JOSE FERNANDO CASTIBLANCO y CLAUDIA HELENA NIÑO, manifestó que lo hacía en su condición de madre, declaración que equivale a un reconocimiento de la maternidad extramatrimonial. Por lo que hace relación con Ana Silvia Ardila Hernández, su calidad de tercero afectado se demostró con las declaraciones rendidas por Melquisedec Guarín y Maruja Riascos Riascos, cuyas disposiciones tienen fuerza de convicción.

Por todo lo anterior se confirmará la condena que por perjuicios morales hizo el sentenciador de instancia en favor de JOSE FERNANDO CASTIBLANCO (lesionado) por trescientos (300) gramos de oro, de MARIA TEOFILDE HERNANDEZ (ma-dre) por ciento cincuenta (150) gramos de oro, de CLAUDIA HELENA NIÑO (hermana) por setenta y cinco (75) gramos de oro fino y de ANA SILVIA ARDILA HERNANDEZ (tercera afectada) por setenta y cinco (75) gramos de oro fino, que se deberán pagar con el precio que el referido metal tenga en el mercado nacional en el momento de quedar ejecutoriado el fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

Se confirmará la condena que por PERJUICIOS MATERIALES hizo el sentenciador de instancia, pero se modificará para excluir el veinticinco por ciento (25%) que el Tribunal incluyó en la base salarial, pues tal porcentaje no fue solicitado en la demanda, y para actualizar la condena, como se ordenó en la sentencia apelada.

Por todo lo anterior, la condena por este rubro quedará así:

$7.141.644.95 menos 25% = $5.356.233.71

- Se actualiza aplicando la fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$Vp = \$5.356.233.71 \quad \frac{310.25}{142.33}$$

Vp = $11.675.483.09

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.), quinto (5o.), sexto (6o.) y séptimo (7o.) de la sentencia calendada el día veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), con la precisión de que el reconocimiento por *PERJUICIOS MORALES* en favor de ANA SILVIA ARDILA HERNANDEZ, se hace en su condición de tercero afectado.

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

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración hecha en el numeral primero, se condena a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - Policía Nacional, a pagar a favor del señor JOSE FERNANDO CASTIBLANCO, por concepto de *PERJUICIOS MATERIALES*, la suma de ONCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON NUEVE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($11.675.483.09).

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

Envíese copia del fallo al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, para lo de su cargo; también al señor Fiscal General de la Nación.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AEREO/FALLA DEL SERVICIO POR OMISION/FUERZA MAYOR-Improcedencia/**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO**-Régimen Aplicable

El transportador aeronáutico responde por el daño ocasionado en caso de muerte o lesión del pasajero, para lo cual sólo se requiere demostrar que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualesquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a excepción de aquellos casos en los que el transportador compruebe que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas, y de otra parte, que los daños sucedieron por obra de un tercero, por culpa del pasajero o por enfermedad de éste no agravada por hechos atribuíbles al transportador, según lo consagra el artículo 1003 del citado ordenamiento. Se consagró así la sunciñon de culpa del transportador aéreo y se le impidió alegar a su favor la fuerza mayor como excluyente de responsabilidad, por cuanto el artículo 1880 del C. de Co., al consagrar las causales de exoneración del artículo *ibídem,* expresamente omitió relacionar la fuera mayor. Si se maneja la situación bajo la óptica del transporte benévolo o gratuito, porque, se repite, entre el transportador y la pasajera no se dió ningún contrato de transporte, bien podía reclamar los actores la responsabilidad extracontractual de la demandada mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, con el respaldo complementario de las disposiciones del Código de Comercio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7965.Indemnizatorio Actor: Olga Luz Gutiérrez Ocampo y otra.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demanda contra la sentencia de 16 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"1.- Declárase a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, administrativamente responsable por los hechos ocurridos el 24 de julio de 1985, en los cuales ocasionó la muerte del señor CARLOS ALBERTO VELEZ GARZON.

"2.- Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación Ministerio de Defensa Nacional-, a pagar los perjuicios en las siguiente forma:

"a.- Por concepto de perjuicios morales subjetivas para OLGA LUZ GUTIERREZ OCAMPO Y CLAUDIA MARCELA VELEZ GUTIERREZ la suma equivalente en pesos colombianos a mil gramos oro fino para cada unas de ellas. El valor del gramo oro se establecerá según certificación que expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"b.- Por concepto de perjuicios materiales para OLGA LUZ GUTIERREZ OCAMPO será la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL CUARENTA Y SEIS PESOS CON QUINCE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($2.531.046.15) y CLAUDIA MARCELA VELEZ GUTIERREZ la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($843.552.46), para un total de TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS MONEDA CORRIENTE, por concepto de indemnización debida y consolidada que se actualizarán conforme a la variación de índices de preciso al consumidor certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE teniendo en cuenta como índice inicial el que corresponde al 24 de julio 1985 y como índice final el que corresponde a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de acuerdo con las fórmulas enunciadas en la parte motiva.

"4.- Las sumas liquidadas como consecuencia de cada una de las condenas, generarán intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y comerciales moratorios desde el vencimiento de este término hasta su cancelación tal como lo prevé el artículo 177 del C.C.A.".

En la demanda presentada el día 3 de julio de 1987 (folio 12), se narraron los hechos que el *a-quo* sintetizó de la siguiente manera:

"El señor CARLOS ALBERTO VELEZ GARZON viajó a la ciudad de Leticia en el mes de julio de 1985, compró un tiquete de transporte aéreo a la empresa AVIANCA, para viajar de Leticia a Bogotá, el día 24 de julio de 1985, a la 1 p.m.

"El 22 de julio de 1985 comenzó un cese de actividades de los pilotos de las empresas de AVIANCA, SAM y HELICOL, ese mismo día se implementó un plan de emergencia nacional por el Departamento ADMINISTRATIVO de Aeronáutica Civil en asocio de la Fuerza Aérea de Colombia FAC, en desarrollo de este las aerolíneas comerciales ACES, INTERCONTINENTAL, AIRES, TAVINA y las aeronaves de la Fuerza Aérea Colombiana cubrían las denominadas rutas troncales.

"La aeronave DC-6 de matrícula FAC-hk 902 fue asignada a un vuelo especial en la ruta Bogotá-Leticia-Bogotá. El señor CARLOS ALBERTO VELEZ GARZON, en compañía de otros pasajeros ascendió al avión. El avión decoló del aeropueto Vásquez Cobo de Leticia a las 4:47 p.m., con 71 pasajeros y tres tripulantes, a los quince minutos de vuelo, el piloto Coronel Walter Baer informó a la Torre de Control acerca del incendio de uno de los motores y que se disponía a regresar.

"Como consecuencia de esta falla mecánica, la aeronave estalló en el aire, causando la muerte de todos los pasajeros y tripulantes.

"Por acta de levantamiento de cadáver No. 012 realizada por el alcalde del Municipio de Leticia sobre el cadáver de CARLOS ALBERTO VELEZ GARZON se determinó como causa de la muerte, politraumatismo general.

"El señor CARLOS ALBERTO VELEZ GARZON nació el 2 de octubre de 1956 en al ciudad de Medellín, era hijo de Alonso Vélez Ortiz y Lucila Garzón Ramírez. El 10 de marzo de 1982 contrajo matrimonio con OLGA LUZ GUTIERREZ OCAMPO, de cuya unión nació CLAUDA MARCELA VELEZ GUTIERREZ, el 27 de febrero de 1983.

"El señor VELEZ GARZON laboró hasta 1982 en la División de Seguridad y Control, hoy Departamento de Orden Ciudadano, organismo adscrito a la Secretaría de Gobierno Municipal de Medellín desde 1983 hasta principios de 1985. Desde marzo de 1985 hasta el momento de su muerte se dedicó a la actividad comercial, por medio de la cual recibía unos ingresos brutos de $50.000 (promedio) y netos de $35.000 con los que sostenía a su esposa e hija, las cuales no tenían otras fuente de ingresos".

Cumplido el trámite de la primera instancia el tribunal falló en la forma indicada atrás. Inconforme con lo así decidido, la parte demandada apeló para que se revoque la sentencia por culpa de la víctima; deducida ella del supuesto de que hubo un desplazamiento masivo de los pasajeros hacia la parte de atrás del fuselaje del avión, provocando una pérdida de sustentación del mismo y produciéndose lo que en el lenguaje de aviación se denomina *EMBARRENAMIENTO*; fenómeno que está contenido en el informe sobre la investigación adelantada por la Fuerza Aérea Colombiana (fl. 4 Cdno. Anexos).

Surtido el procedimiento en esta instancia, es oportuno decidir.

PARA ELLO, SE CONSIDERA: En esta nueva etapa procesal sólo intervino la demandada, para reiterar su argumentación contenida en la sustentación de la apelación. La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

Para la Sala la sentencia deberá ser confirmada, porque las circunstancias de hecho y de derecho son similares a las del proceso radicado bajo el No. 6798, actor: MERCEDES LEON DE PARADA y otros, del cual fue Ponente el señor Consejero doctor Daniel Suárez Hernández, el cual fue fallado el 27 de febrero de 1992. En esa oportunidad la Sala dijo:

"Advierte la Sala cómo en materia de responsabilidad originada en accidentes aéreos ha sido difícil la tarea de los jueces a causa de las deficientes normatividades sobre el tema, derivadas a sus vez, de la antigüedad de los ordenamientos frente a la modernización del transporte y muy especialmente de la navegación aeronáutica, en cuya explotación comercial Colombia se presenta como pionera de la misma en el continente. Fueron pues, estatutos primarios sobre este tema, la ley orgánica sobre aviación civil, sancionada por la Ley 89 de 1938, concordante con los principios consagrados en las Convenciones de París (1919), Madrid (1926) y La Habana (1928) y fundamentada además en otras legislaciones para entonces más actualizadas. Regían también un Manual de Reglamentos Aeronáuticos, elaborados con fundamento en las normas aludidas, el Decreto 2669 de 1947 y se complementaba con los conceptos jurisprudenciales que sobre la materia había expresado la Corte.

"Este reducido apoyo legislativo sobre navegación aérea se modificó a partir del 1o. de enero de 1972, cuando se inició la vigencia del decreto 410 de 1971, mediante el cual se expidió el Código de Comercio que actualmente rige, estatuto que trata en la Segunda Parte, del Libro Quinto, lo relacionado con la navegación y el transporte aéreos. Fue por virtud de este ordenamiento como nuestra legislación se acomodó y actualizó frente al derecho aeronáutico moderno, se introdujeron principio legislativos contrarios, algunas veces, a la misma jurisprudencia de la Corte que se venía aplicando y orientados por los consagrados en protocolos internacionales aceptados por Colombia. Desde luego, este avance en la normatividad del transporte aéreo pronto originó modificaciones en la jurisprudencia de la Corte, acorde con la nueva estructura legal de ese asunto.

"Se recuerda, entre otros, los casos decididos con ocasión de la tragedia de Santa Ana, el 24 de julio de 1938; el caso Marshall y Zúñiga a raíz del accidente de un avión SCADTA el 10 de marzo de 1934; el de un avión de AVIANCA, el 10 de octubre de 1939 y el accidente de Málaga en Santander; de una avioneta perteneciente a la empresas "Taxi Aéreo Sabanero" (FASS Ltda.), el 9 de noviembre de 1968. En torno de los tres primeros insucesos se desarrolló la jurisprudencia civil de la Corte sobre la materia y al conocer del último se modificaron criterios y conceptos hasta entonces de hondo arraigo doctrinario y jurisprudencial.

"Procuraba la doctrina antecedente al actual C. de Co., establecer una línea equitativa de responsabilidad, con miras a lograr que no siempre se culpara a las empresas por los accidentes de sus aviones, pero que igualmente aquellas no eludieran sus obligaciones indemnizatorias, ni el pasajero quedara sin defensa de sus derechos. Se configuraron entonces entre otros, los siguientes presupuestos doctrinales: de una parte, el transporte aéreo que ejecutaran las empresas organizadas constituía un servicio público; de otra, la responsabilidad del transportador preferencialmente debía nacer del contrato de transporte y, por último, en vista de los peligros imprevistos de la navegación aérea cuya responsabilidad no podía asumir el transportador porque no había norma que así lo deteminara, le correspondía al pasajero la asunción de tales riesgos, siempre que los mismo no tuvieran origen en fallas o deficiencias de la nave, equipos, tripulación, etc. En tales condiciones, la responsabilidad del transportador aéreo era de prudencia y diligencia; se liberaba si probada la ausencia de culpa, es decir, su diligencia y cuidado, sin que estuviera obligado a demostrar como causal exonerativa de responsabilidad, la ocurrencia de la fuerza mayor o que el daño se había producido por culpa exclusiva de la víctima. Este criterio, originado como se anotó, en los llamados riesgos del aire, comenzó a perder vigencia e importancia frente a los avances tecnológicos de la aviación y de las ciencias relacionadas con la misma, que rápidamente fueron allanando los riesgos e incertidumbre del tráfico aeronáutico y permitieron entonces predecir, prevenir y afrontar con las máximas seguridades los aludidos riesgos del aire, hasta el punto de hacerse imposible proseguir sosteniendo que el transportador aéreo sólo asume obligación de medio y no de resultado, ni mucho menos, continuar con la tesis de que los riesgos del traslado aéreo eran de cargo del usuario. En estas condiciones se llegó a la actual posición legislativa y jurisprudencial, derivadas de los artículos 1003 y 1880 del estatuto comercial, según los cuales el transportador aeronáutico responde por el daño ocasionado en caso de muerte o lesión del pasajero, para lo cual sólo se requiere demostrar que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualesquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a excepción de aquellos casos en los que el transportador compruebe que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas y, de otra parte, que los daños sucedieron por obra de un tercero, por culpa del pasajero o por enfermedad de éste no agravada por hechos atribuíbles al transportador, según lo consagra el artículo 1003 del citado ordenamiento. Se consagró así la sunciñon de culpa del transportador aéreo y se le impidió alegar a su favor la fuerza mayor como excluyente de responsabilidad, por cuanto el artículo 1880 del C. de Co., al consagrar las causales de exoneración del artículo *ibídem*, expresamente omitió relacionar la fuerza mayor.

"Ahora bien, sin desconocer que en el caso bajo estudio no se dió en forma expresa un contrato remunerado de transporte entre el Estado y los pasajeros del vuelo accidentado, porque dicha relación se había constituído con la empresa o empresas comerciales que se encontraban laboralmente inactivas, en tales condiciones podría estudiarse bajo el enfoque de un trasporte benévolo o gratuíto no necesariamente

enmarcado en el plano contractual, pues conforme lo establece el artículo 995 del Código de Comercio, "el transporte benévolo o gratuíto no se tendrá como contrato mercantil sino cuando sea accesorio de un acto de comercio", accesoriedad que no se presenta en el *sub-judice,* donde lo que ciertamente se dió fue la prestación por parte de la Fuerza Aérea Colombiana de un servicio público de transporte legalmete establecido.

"Conforme lo anterior y si se maneja la situación bajo la óptica del transporte benévolo o gratuíto, porque, se repite, entre el transportador y la pasajera no se dió ningún contrato de transporte, bien podía reclamar los actores la responsabilidad extracontractual de la demandada mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, con el respaldo complementario de las disposiciones del Código de Comercio. Agréguese a lo anterior que el artículo 1006 del mismo estatuto autoriza el ejercicio de la acción contractual y la extracontractual en forma separada o continua, condicionado tal ejercicio que no se acumulen dichas acciones en un mismo proceso".

La Sala encuentra en este proceso que las circunstancias fácticas son idénticas a las analizadas en el que se comentó, razón por la cual también como en aquella oportunidad, se confirmará el fallo apelado.

En lo demás comparte la Sala íntegramente los razonamientos del *a-quo,* tanto desde el punto de vista del estudio sobre la legitimación de los demandantes como de la responsabilidad del ente demandado, como del hecho dañoso del cual resultaron afectados los actores.

Frente a la liquidación de los perjuicios materiales elaborada por el *a-quo* la Sala no comparte el criterio allí expuesto, pues la suma liquidada a la cónyuge sobreviviente no se acrecienta con la parte del hijo cuando éste llega a la mayoridad; no, esta no ha sido la tesis sostenida por esta corporación.

Por ello, la Sala elaborará, una nueva liquidación de los perjuicios materiales sobre la base del salario mínimo para la época, es decir, para el año de 1985, actualizado con lo índices de precios al consumidor del DANE para los meses de octubre de este año como inicial y de febrero de 1994 como final. El ingreso así actualizado se dividirá en tres partes igual: una para el fallecido que era mayor que la cónyuge, para ésta, y hasta la mayoridad de la hija menor.

Así, entonces, los perjuicios materiales serán:

Salario mínimo 1985: $13.557.60

Indices: oct./85 = 51.43; feb./94 = 347.43

$$Ra = 13.557.60 \times \frac{347.43}{51.43} = \$91.586.95$$

n = julio 24/85 a marzo 10/94 = 8 años 7 meses 14 días

n = 103.47; i = 0.004867

1.- Indemnización debida:

a) Para Olga Luz Gutiérrez Ocampo (cónyuge):

Ra = $30.528,98; n = 103,47, i = 0.004867

$$S = 30.528,98 \frac{(1.004867)^{103,47} - 1}{0.004867}$$

$$S = 30.528,98 \times \frac{0.6526284}{0.004867} =$$

S = 30.528,98 x 134.0925416 = $4'093.708,52

b) Para Claudia Marcela Vélez Gutiérrez (hija):

Nació el 27 de febrero de 1983 (fl. 16); mayoridad: feb. 27/2001

Igual suma que la de su progenitora, es decir $4'093.708.52

2.- Indemnización futura:

a) Para Olga Luz Gutiérrez Ocampo:

Carlos Alberto (víctima) nació: oct. 2/56 (fl. 13)

A la muerte contaba con 28 años 9 meses 22 días

Vida probable: 44,75 años = 537.03 meses

n = 537,03 - 103,47 = 433,56

$$S = \frac{30.528,98 (1.004967)^{433,56} - 1}{0.004867 (1.004867)}$$

$$S = 30.528.98 \times \frac{7.2072516}{0.039944693}$$

S = 30.528,98 x 180.4307671 = $5'508367,28

b) Para Claudia Marcela Vélez Gutiérrez:

n = marzo 10/94 a feb. 27/2001 = 6 años 11 meses 17 días

$n = 83,57$; $i = 0.004867$, $Ra = 30.528.98$

$$S = \frac{30.528.98\,(1.004867)^{83,57} - 1}{\frac{0.004867\,(1.004867)^{83,57}}{}}$$

$$S = 30.528,98 \times \frac{0.5004253}{0.0073025699}$$

$S = 30.528,98 \times 68.52729498 = \$2'092.068,42$

RESUMEN:

1.- Para Olga Luz Gutiérrez Ocampo:

a) Indemnización debida $4'093.708,52

b) Indemnización futura $5'508.367,28 $9'602.075,80

2.- Para Claudia Marcela Vélez Gutiérrez:

a) Indemnización debida $4'093.708,52

b) Indemnización futura $2'092.068,42 $6'185.776,94

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 16 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sus numerales 1., 2., 2.a. y 4.

MODIFICASE el numeral 2.b., el cual quedará así:

"b.- Por concepto de perjuicios materiales para Olga Luz Gutiérrez Ocampo la suma de nueve millones seiscientos dos mil setenta cinco pesos con 80 centavos m/cte. ($9'602.075,80) y para Claudia Marcela Vélez Gutiérrez la suma de seis millones ciento ochenta y cinco mil setecientos setenta y seis pesos con 94 centavos m/cte. ($6'185.776,94).

Expídanse las copias para su cumplimiento a favor de las partes, el Ministerio Público y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día 17 de marzo de 1994.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de fecha febrero 27 de 1992, Actor: Mercedes León de Parada, Consejero Ponente: Doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

SECCION CUARTA

IMPUESTO DESCONTABLE/CUENTA TRANSITORIA/BIEN EXENTO - Chocolate

No hay duda que la Constituyente estaba obligada a llevar en su contabilidad la cuenta transitoria por ser contribuyente productora de bienes exentos como el chocolate y además distribuidora de bienes excluídos como aceites y grasas y finalmente, ventas gravadas. Así mismo como la contribuyente no lleva esta cuenta a que estaba obligada en su calidad de responsable productor de bienes exentos y gravados y distribuidor de bienes que adquiere de terceros y dentro de su contabilidad fue imposible establecer los descuentos directamente correspondientes a las ventas exentas y a las excluídas declaradas por la sociedad entonces es procedente la determinación de los mismos en la forma proporcional como lo efectuó la Oficina de Impuestos para cada uno de los bimestres.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 4800. Actor: Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía. S.A. Impuesto Ventas. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO Y CIA. S.A., contra la sentencia del 8 de febrero de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Caldas, se

declaró inhibido para pronunciamiento de fondo respecto a la amnistía solicitada y denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre las ventas correspondientes al quinto y sexto bimestre de 1985 y primero de 1986.

La acumulación de los procesos se decretó por auto de noviembre 23 de 1989.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

1. Proceso 85-03. Impuesto sobre las Ventas. Primer Bimestre 1986:

La contribuyente presentó la declaración tributaria correspondiente a este bimestre el 26 de marzo de 1986, que corrigió el 13 de mayo del mismo año.

Declaró ingresos por ventas por la suma de		2.187'886.271
Discriminados así:		
Ventas exentas	2.180'093.376	
Ventas excluídas	7'675.286	
Operaciones gravadas	117.609	
Impuestos descontables por.....		5'267.696
15% relacionadas renglón 34.....	1'178.470	
10% relacionadas renglón 35.....	3'867.316	
Otras tarifas renglón 36.....	221.910	

Previa inspección ocular a los libros de contabilidad de la empresa decretada por auto comisorio 050 de junio 19 de 1986, expidió el Requerimiento Especial 27 de septiembre 19 del mismo año. Anunció la modificación de las ventas excluídas del gravamen. Las ventas de aceite y grasa pasan de exentas a excluídas, según lo previsto por los artículos 28 y 64 del Decreto 3541 de 1983, para un total de $ 687'526.886.96 y por ende la modificación de los impuestos descontables en virtud de lo previsto por el artículo 30 del Decreto 1813 de 1984.

En memorial del 3 de marzo de 1987 la sociedad invocó la amnistía consagrada por el artículo 54 de la Ley 75 de 1986 (fl. 96 Cuad. 2).

Previa expedición del auto 043 del 4 de marzo de 1988, la División de Recursos Tributarios por resolución 184 del 7 de abril de 1988, notificada el 13 del mismo mes y año, por improcedente negó el beneficio invocado.

Con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, inciso 2o. del artículo 75 de la Ley 9a. de 1983 y artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, la Sección de Liquidación practicó la Liquidación de Revisión 023 de junio 28 de 1988, modificada mediante Liquidación de Corrección 010 de octubre 21 de la misma vigencia.

De las ventas exentas rechazó la suma de $ 679.851.600.96 por corresponder éstas a venta de ACEITE OLIOSOYA Y MANTECA DE GARZA producida por la

empresa GRASAS S.A., de la cual la recurrente es únicamente comercializadora y distribuidora. En consecuencia se trata de ventas excluídas del impuesto que no dan derecho a descuento ni a devolución.

Los impuestos no descontables los determinó en la suma de $ 1'655.110 cifra resultante de prorratear los impuestos descontables solicitados en la declaración de ventas, tomando como base el total de ventas excluídas, o sea la suma de $687'526.887.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por resolución 044 del 14 de abril de 1989, confirmó en todas sus partes la decisión oficial. Como la sociedad no llevó la cuenta corriente transitoria, no demostró la relación de causalidad de los impuestos descontables con los bienes exentos y excluídos del gravamen, ni fue posible establecerse a qué bienes corresponden cada uno de aquéllos, mantuvo la proporcionalidad establecida sobre la totalidad de los mismos.

2. Proceso 85-07. Impuesto sobre las Ventas. Quinto Bimestre 1985.

La declaración tributaria correspondiente a este bimestre fue presentada el 29 de noviembre de 1985. Con base en ésta y en el acta resultante de la inspección practicada sobre los libros de contabilidad de la empresa, la División de Auditoría de la Administración de Impuestos de Manizales, produjo el Requerimiento Especial 0028 del 19 de septiembre de 1986.

Como en el caso anterior, se propuso pasar de las ventas exentas declaradas a las excluídas, las ventas de aceite y grasa por la suma de $ 659'883.225 para un total por este concepto de $665'914.331.50 y consecuentemente la modificación de los impuestos descontables a la suma de $ 2'513.699.

El 3 de marzo de 1987, la sociedad presentó solicitud de la amnistía prevista por el artículo 54 de la Ley 75 de 1986, petición negada por resolución 186 del 7 de abril de 1988, notificada el 13 del mismo mes y año.

El 28 de junio de 1988, la División de Liquidación de la misma Administración practicó la Liquidación de Revisión 022 corregida por la Liquidación 14 del total de los ingresos declarados por ventas por la suma de $ 1.770'560.491 los clasificó así.

Ingresos por operaciones exentas	$1.104'517.232
Ingresos por operaciones excluídas	665'914.333
Ingresos por operaciones gravadas	128.926

El total de los impuestos descontables los redujo a $2'524.990 porque los impuestos no descontables del bimestre que debían llevarse como costo o gasto por corresponder a operaciones excluídas del impuesto, los determinó en la suma de $ 1'522.117.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios por resolución 054 del 24 de abril de 1989 confirmó en todas y cada una de sus partes la decisión oficial.

3. Proceso No. 85-18. Impuesto sobre las Ventas. Sexto Bimestre 1985.

El 31 de enero de 1986 la sociedad reclamante presentó la declaración de ventas por este bimestre, que corrigió oportunamente el 25 de marzo del mismo año. Con fundamento en ésta y en los resultados de la inspección contable llevada a efecto, la División de Auditoría profirió el Requerimiento Especial 26 del 19 de septiembre de 1986.

Teniendo en cuenta que la diferencia entre "exención " y "no causación" sólo existe en la etapa de producción de los bienes; que la empresa contabiliza y le da el tratamiento de ventas exentas a la distribución de aceite y grasas (de los cuales no es productora) cuando lo cierto es que corresponde a ventas excluídas; en aquel requerimiento anunció la modificación de los rubros que correspondían a ventas excluídas, así:

Ventas excluídas declaradas: $4'347.391

Ventas de aceite y grasa que pasan de exentas a excluídas según investigación: $569'546.987.12

Total ventas excluídas en el bimestre $ 573'894.378.12 y por ende la modificación de los impuestos descontables.

La empresa solicitó la amnistía de que trata el artículo 54 de la Ley 75 de 1986 en memorial radicado el 3 de marzo de 1987, negada por improcedente en la resolución 179 del 7 de abril de 1988, notificada el 13 del mismo mes y año.

El 28 de junio de igual vigencia la Sección de Liquidación practicó la Liquidación de Revisión 021, que corrigió por la número 08 del 21 de octubre de 1988.

Calificó como ventas excluídas del bimestre la cuantía de $573'894.378 y determinó como impuesto descontable por el mismo la suma de $3'235.959 puesto que la suma de $2'390.726 correspondía a los impuestos no descontables por pertenecer a las operaciones excluídas del impuesto.

Interpuesto el recurso de reconsideración la División de Recursos Tributarios por resolución 081 del 23 de mayo de 1989, confirmó en todas y cada una de sus partes la decisión oficial.

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad reclama ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos en cita, correspondientes al primer bimestre 1986, y quinto y sexto 1985. Pide que se declaren sin efecto aquéllos, y se fije definitivamente el impuesto sobre las ventas a cargo de la sociedad por los citados bimestres, estableciendo la devolución que la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales debe hacer por exceso de pago en el impuesto sobre las ventas de cada uno de aquellos períodos.

Cita como disposiciones violadas en cada uno de tales bimestres, entre otros, el artículo 54 de la Ley 75 de 1986 y artículo 6o. del Decreto 260 de 1987; el artículo 15 del Decreto 3541 de 1983 y el artículo 3o. del Decreto 570 de 1984.

Argumenta en síntesis el apoderado de la sociedad, que su representada tiene derecho a la amnistía solicitada, con base en el artículo 54 de la Ley 75 de 1986, por cada uno de los bimestres mencionados porque satisfizo los presupuestos establecidos para la procedencia del tratamiento preferencial. Entiende que es equivocada la interpretación que del artículo 6o. del Decreto 260 de 1987, hace la Dirección de Impuestos Nacionales, en el sentido que únicamente se otorga el beneficio cuando aparece un mayor impuesto a pagar y no cuando se disminuye el saldo a favor del contribuyente.

En subsidio de lo anterior y con fundamento en el artículo 3o. del Decreto 570 de 1984, pide se le reconozca a la empresa como descontables los impuestos pagados por la adquisición de insumos imputables a la producción de chocolate, artículo exento del impuesto; hecho que acredita con certificación del Revisor Fiscal, otorgado por cada uno de los bimestres.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia del 8 de febrero de 1993, por caducidad de la acción se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión de la amnistía, y desatendió la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho respecto a cada uno de los actos administrativos proferidos por cada uno de los bimestres.

Como la solicitud de amnistía solicitada por cada uno de los bimestres en cuestión fue decidida definitivamente por resoluciones números 184, 186 y 179 notificadas personalmente el 13 de abril de 1988, y las demandas por los mismos períodos fueron radicadas entre los meses de agosto y septiembre de 1989, el *a-quo* encontró precluídos los cuatro meses que prevé el artículo 136 del C.C.A., reformado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, para acudir ante la jurisdicción.

Para el Tribunal las dos inspecciones oculares verificadas por la Administración sobre los libros y documentos de la empresa, cuyos resultados fueron coincidentes y la ausencia de la cuenta corriente transitoria de que trata el artículo 30 del Decreto 1813 de 1984, fueron suficientes para no acceder a la pretensión de la sociedad, máxime cuando de la certificación del Revisor Fiscal aportada como respaldo para viabilidad de aquélla, no permitió establecer, cuáles de los artículos comprados por ella y por los que canceló el IVA, fueron destinados a la producción de chocolate, único bien exento del impuesto fabricado por la empresa.

DE LA APELACION

El apoderado de la sociedad demandante apela. Discrepa del fallo del Tribunal porque "El descuento de impuestos pagados se hace en forma directa cuando el gasto gravado tiene relación directa con la actividad exenta y en el caso de estudio la certificación del Revisor Fiscal sobre la compra de materias primas, empaques y servicios para la producción de chocolate es suficiente prueba para que el descuento por la compra de estos elementos sea total".

Critica la calificación que de la certificación del Revisor Fiscal hizo el Tribunal, porque ésta se expidió con fundamento en documentos externos de contabilidad.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la Entidad demandada se opone a la apelación.

Insiste en que de acuerdo a lo estipulado en el parágrafo 1o. del artículo 15 del Decreto 3541 de 1983, y artículo 30 del Decreto 1813 de 1984, sólo se puede descontar el impuesto sobre las ventas por la adquisición de bienes corporales muebles y servicios y por las importaciones que se destinen a las operaciones gravadas.

Si se destinan a operaciones exentas del impuesto sólo tendrá derecho al descuento el productor.

Reitera que cuando las adquisiciones que generan descuento se destinan indistintamente a operaciones gravadas, exentas o excluídas y no es posible establecer su imputación directa, se determinará el descuento proporcionalmente con el monto de las operaciones gravadas. Para este efecto se deberá llevar la cuenta transitoria en la contabilidad, a fin de detectar el valor de los impuestos correspondientes a costos y gastos que resultan imputables a las operaciones gravadas.

Resulta improcedente la sustitución que de aquella cuenta pretende hacer la sociedad con la certificación del Revisor Fiscal, además de que ésta no tiene la virtualidad necesaria para con base en ella desconocer los resultados no de una sino de dos inspecciones.

El Ministerio Público representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, no emitió concepto sobre el particular.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Debe dilucidar la Sala si para la procedencia de los descuentos tributarios por insumos cuando se producen bienes gravados, exentos y excluídos es suficiente la certificación del Revisor Fiscal como afirma la actora o si, por el contrario, este documento no suple las deficiencias contables y menos la omisión de la cuenta transitoria de que trata el artículo 30 del Decreto 1813 de 1984 como sostiene la Administración y admitió el Tribunal.

LA CONTABILIZACION DEL IMPUESTO DE LAS VENTAS

Reiteradamente la Sala se ha pronunciado sobre la relevancia de la contabilidad en materia del impuesto sobre las ventas, como quiera que sobre aquélla está fundamentado éste. En ella se deben registrar todos los factores que lo determinan y los soportes y comprobantes internos y externos que los respaldan, lo son también del tributo. De suerte que los libros que la componen, la forma de llevarse éstos y la oportunidad de los registros, son fundamentales para que al responsable se le reconozcan sus derechos.

El artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, establece para el sujeto pasivo de este impuesto, sometido al régimen común, incluídos los exportadores, la obligación de llevar un registro auxiliar de ventas y compras y una cuenta mayor de balance cuya denominación será "Impuesto a las Ventas por Pagar". En términos generales ésta se acredita con los impuestos causados por la ejecución de las operaciones gravadas y se debita con los impuestos que paga y puede descontar el responsable, constituyéndose así la contabilidad en el sustento de la declaración tributaria.

El artículo 15 del mismo estatuto a su vez establece en su parágrafo 1o. que:

> "Sólo otorga derecho a descuento, el impuesto sobre las ventas por las adquisiciones de bienes corporales muebles y servicios, y por las importaciones que, de acuerdo con las disposiciones del impuesto a la renta, resulten computables como costo o gasto de la empresa y que se destinen a las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas".

Y el artículo 30 del Decreto Reglamentario 1813 de 1984, prescribe que:

> "Cuando los bienes y servicios que otorgan derecho a descuento se destinen indistintamente tanto a operaciones gravadas o exentas como a operaciones excluídas del impuesto y no fuere posible establecer su imputación directa a unas y otras, el cómputo de dicho descuento se efectuará en proporción al monto de tales operaciones del período fiscal correspondiente. Para tal efecto, los responsables **deberán llevar una cuenta transitoria en su contabilidad,** en la cual se debite a lo largo del período fiscal el valor de los impuestos correspondientes a los costos y gastos comunes. Al finalizar cada bimestre, dicha cuenta se abonará con cargo a la cuenta "IMPUESTOS A LAS VENTAS POR PAGAR" en el valor de los impuestos correspondientes a costos y gastos comunes que proporcionalmente sean imputables a las operaciones gravadas del respectivo bimestre, o a las operaciones gravadas y exentas cuando se trate de productores de bienes exentos o de exportadores.
>
> En el último bimestre del período fiscal se hará el ajuste correspondiente en esta cuenta transitoria, y en la cuenta "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR", de tal forma que el impuesto descontado a lo largo del período por concepto de costos y gastos comunes sea proporcional al monto total acumulado de

las operaciones gravadas, o de las operaciones gravadas y exentas cuando se trate de productores bienes exentos o de exportadores.

El saldo débito de la cuenta transitoria que así resulte al final del período deberá cancelarse contra pérdidas y ganancias y podrá solicitarse como costo o gasto en el impuesto sobre la renta" (Subraya la Sala).

No hay duda que la contribuyente estaba obligada a llevar en su contabilidad esta cuenta por ser productora de bienes exentos como el chocolate y además distribuidora de bienes excluídos como aceites y grasas y finalmente, ventas gravadas.

Según quedó expuesto en el relato de los antecedentes administrativos correspondiente a cada uno de los bimestres que se analizan, la Administración de Impuestos estableció en la inspección ocular que se practicó sobre los libros de contabilidad de la empresa, primero, en la decretada por auto 050 del 19 de junio de 1986, para resolver sobre la compensación solicitada por la empresa el 13 de mayo de 1986, y después en la efectuada en acatamiento del auto comisorio 001 VP del 9 de mayo de 1988, lo siguiente:

a) Que la contribuyente incluyó dentro de las ventas exentas declaradas por cada uno de aquellos períodos, la venta de oliosoya y manteca de garza producida por la sociedad Grasas S.A. de la cual aquélla es únicamente comercializadora y distribuidora.

b) Que el aceite y la manteca no son materia prima para la elaboración del chocolate que sí produce y enajena la empresa.

c) Que los proveedores a quienes se les compra el aceite y la manteca, son Grasas S.A. y Comagro S..A., que no liquidan ninguna clase de impuestos.

d) Que la contribuyente no lleva la Cuenta Corriente transitoria a que estaba obligada en su calidad de responsable productor de bienes exentos y gravados y distribuidor de bienes que adquiere de terceros.

e) Que dentro de la contabilidad fue imposible establecer los descuentos directamente correspondientes a las ventas exentas y a las excluídas declaradas por la sociedad. (fls. 152 a 153 Cdno. No. 3 Ant. Ad.).

En consecuencia, es procedente la determinación de los mismos en la forma proporcional como la efectuó la oficina de Impuestos para cada uno de los bimestres.

La contribuyente no controvirtió concretamente ninguno de los resultados obtenidos en las inspecciones contables; para probar que todos los impuestos descontables tenían incidencia en la producción del chocolate, remitió certificación del Revisor Fiscal.

Pero este documento, si bien es cierto en algunos casos se considera suficiente prueba en los términos del artículo 98 de la Ley 9a. de 1983, no lo es en el caso que se

atiende cuando la contribuyente para el efecto estaba obligada a llevar una "cuenta transitoria", y no lo hizo como se anotó en el informe inicial sobre los libros de contabilidad y en donde se destaca que "Durante el año 1985, hasta el mes de enero de 1986 inclusive SOLO APARECE EN LIBROS LA CUENTA MAYOR GENERAL No. 1290-9001 denominada "Impuesto a las Ventas por Pagar" Impoventas por Pagar. A partir del mes de febrero de 1986 aparece en libros la cuenta No. 1280-3001 Cuenta Transitoria Impoventas, artículo 30 del Decreto 1813 de 1984". De tal manera el certificado del Revisor Fiscal no podía obtener conclusiones que no tenían un claro respaldo en los libros y por ello no puede aceptarse por sí sólo como prueba completa y satisfactoria.

Con base en lo anterior resulta procedente confirmar las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas, en los procesos acumulados, como quiera que en ninguno de ellos, la sociedad demostró haber cumplido con el requisito ordenado en el artículo 30 del Decreto 1813 de 1984, en relación con la cuenta transitoria, para tener derecho a la viabilidad de los impuestos descontables solicitados en las declaraciones tributarias correspondientes 5o. y 6o. bimestre 1985 y 1er. bimestre 1986 y que sólo vino a cumplir con la obligación de llevar la cuenta transitoria que se ha mencionado, a partir de febrero de 1986.

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 Caldas, el 8 de febrero de 1993 a nombre de la sociedad **SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO Y CIA. S.A.**

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

AJUSTE POR INFLACION/ACTIVO NO MONETARIO/DEDUCCION TEORICA-Cálculo

Los activos no monetarios representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, inventarios, aportes en sociedad y acciones también están incorporados en el primer inciso del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, pero éste, añade en el parágrafo 2o. que de tales activos no monetarios se debe excluir "el valor de todos aquellos que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal" con lo cual aparentemente se está introduciendo un factor no contemplado en la ley y que adiciona la enumeración precisa de los activos no monetarios contenida en el primer inciso. Lo dispuesto en el parágrafo acusado aparece a primera vista como un factor no contemplado en la Ley, por lo que se justifica acceder a la suspensión provisional solicitada. Decrétase la suspensión provisional del parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente*: Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5276. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Decreto Reglamentario Gobierno Nacional.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. el doctor JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA demanda la nulidad del parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 que dispone:

"Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el valor de todos aquéllos que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".

Como única disposición violada cita el artículo 354 del Estatuto Tributario que incorpora el artículo 15 del Decreto Extraordinario 1744 de 1991, cuyo texto transcribe, por cuanto se refiere a la forma de determinar la deducción teórica, a que tienen derecho los contribuyentes sujetos al sistema de ajustes integrales por inflación.

El escrito demandatorio reúne los requisitos formales de ley, motivo por el cual será admitido para su correspondiente trámite.

SUSPENSION PROVISIONAL

Sustenta la petición de suspensión provisional mediante la confrontación de los textos del citado artículo 354 con todo el artículo 21 del Decreto 2075, para destacar que este último decreto reglamentario solamente contiene dos modificaciones al texto de la norma sustantiva, consistentes en los parágrafos 1o. y 2o. El primero lo considera aclaratorio de la ley y por ello no es objeto de impugnación.

En tanto que el parágrafo 2o. "introduce distinciones que no están en la norma legal y restringe el alcance de la ley, con lo cual disminuye el valor del derecho de los contribuyentes".

La Sala en principio está de acuerdo con el planteamiento del actor.

El primer inciso del artículo 54 del Estatuto Tributario como uno de los factores determinantes de la deducción teórica indica "la sumatoria de los activos no monetarios representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, inventarios, aportes en sociedades y acciones", relación ésta que también está incorporada en el primer inciso del artículo 21 del decreto reglamentario, pero éste, añade en el parágrafo 2o. que de tales activos no monetarios se debe excluir "el valor de todos aquéllos que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal", con lo cual aparentemente se está introduciendo un factor no contemplado en la ley y que adiciona o modifica la enumeración precisa de los activos no monetarios contenida en el primero inciso.

Lo dispuesto en el parágrafo acusado aparece a primera vista como un factor no contemplado en la ley, por lo que se justifica acceder a la suspensión provisional solicitada.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o. ADMITESE la demanda de nulidad del parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 (diciembre 23), entablada con base en el artículo

84 del C.C.A. por el ciudadano JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA 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 demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d) Solicítese el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, en especial en lo relativo al cálculo de la deducción teórica. Término diez (10) días.

2o. DECRETASE la suspensión provisional del parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 (diciembre 23) que dice:

> "Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el valor de todos aquéllos que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leiva, Consuelo Sarria Olcos.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DOCUMENTO-Eficacia/DECLARACION DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ACTIVIDAD INDUSTRIAL/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/Cali

La fotocopia de la declaración de industria y comercio presentada en Medellín con el fin de que se declarara a la actora como No Sujeto Pasivo del impuesto de industria y comercio de Cali, aunque no corresponde al año gravable discutido, sino al año anterior, pues a la fecha de esta petición no se había consolidado aún la vigencia fiscal de 1990, de su contenido se deduce que los ingresos brutos anuales obtenidos por todo concepto DENTRO Y FUERA de Medellín coinciden exactamente con la declaración de ingresos brutos anuales obtenidos en MEDELLIN al igual que con los ingresos de cada establecimiento declarado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Ghahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5121. Actor: Fábrica de Discos Fuentes Ltda. Apelación sentencia de agosto 13 de 1993. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (Impuesto Industria, Comercio, Avisos y Tableros año gravable 1990). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuestos por la apoderada especial del municipio de Santiago de Cali, contra la sentencia de agosto 13 de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca anuló los actos de determinación del Impuesto de Industria , Comercio, Avisos y Tableros de Fábrica de Discos Fuentes Ltda. Nit 90.900.131-8 expedidos por el año gravable de 1990, declarando además que

esta sociedad no está obligada a pagar suma alguna por los mencionados gravámenes en la vigencia fiscal discutida.

ANTECEDENTES

El señor Conrado Domínguez Hernández, representante legal de Fábrica de Discos Fuentes Ltda., con domicilio social en la ciudad de Medellín, según lo registra el respectivo certificado de la Cámara de Comercio (fls 5/8) mediante declaración de fecha 13 de julio de 1990 (formulario de matrícula de impuesto de industria y comercio No. 41916) informó como dirección del establecimiento de Cali la oficina 201-A de la carrera 6a. No. 11-57 y como actividad: la distribución y venta de fonogramas. Además, en dicho formulario denunció activos totales por $500.000 e ingresos brutos mensuales del orden de $10.050.180.

El día 17 de septiembre de 1990 el doctor José Luis García Collazos, funcionario de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cali efectuó visita a la mencionada oficina atendida por el señor Rodrigo Ramírez quien en su condición de encargado de ella manifestó: que en representación de la firma Fábrica de Discos Fuentes Ltda., él era el encargado de visitar los clientes potenciales que se tienen en la ciudad de Cali; que por lo general se visita al cliente donde tiene ubicado su establecimiento comercial y se elabora la requisición, la cual es enviada a la ciudad de Medellín donde tiene el domicilio social la firma Fábrica de Discos Fuentes Ltda., y ésta elabora la respectiva factura enviando la mercancía directamente al cliente. Una copia de esta factura se remite a su oficina en Cali para que ésta se encargue de su cobro.

Con base en lo anteriormente expresado y las copias de las requisiciones mencionadas, el informe de visita (memorando de octubre 25 de 1990) concluye expresando que la actividad desarrollada por Fábrica de Discos Fuentes de Cali se enmarca en las contempladas como sujetas del gravamen (artículo 1o. Acuerdo 35 de 1985).

Teniendo en cuenta la información que registra el formulario de matrícula No. 41915 de julio 13 de 1990 elaborado por el Gerente de Fábrica de Discos Fuentes Ltda., el Municipio de Cali por medio de la resolución 964 de julio 26 de 1990 le asignó el número de identificación de industria y comercio liquidando provisionalmente el respectivo impuesto por la vigencia de 1990 (base gravable $10.050.180 impuesto, mensual $ 77.386) (fls. 10/11).

Mediante resolución 0555 de abril 15 de 1991 la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali con fundamento en los artículos 8-18 del Acuerdo 35 de 1985 modificó la liquidación provisional mencionada tomando para ello como base gravable la cifra de $13.150.480 (impuesto mensual $101.259 Avisos $15.189) (fls.13/15).

Contra la resolución 0555 la sociedad interpuso los recursos de reposición y apelación los cuales fueron resueltos desfavorablemente por las resoluciones 1423 de noviembre 18 de 1991 y A-0028 de marzo 2 de 1992 en su orden, esta última originaria del Alcalde Municipal de Cali, agotándose de esta manera la vía gubernativa (fls.17/30).

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

En la demanda ante el Tribunal la actora básicamente reitera los mismos argumentos expuestos ante las autoridades municipales en el sentido de que la venta se realiza en el Municipio de Medellín, pues la sociedad Fábrica de Discos Fuentes Ltda., posee en el Municipio de Cali un local destinado a Relaciones Públicas con el fin de brindar atención de consulta a los clientes, atender reclamos, prestar asesoría de pago y demás funciones operativas, pero sin realizar las labores de distribución o venta del producto.

Observa que la oficina de Fábrica de Discos Fuentes Ltda., creada en el Municipio de Cali, no es un establecimiento de comercio en el sentido utilizado por el Código de Comercio (artículos 515, 263 y 264). Que cuando un contribuyente fabril desarrolla su actividad en más de un municipio, será sujeto del gravamen de industria y comercio siempre y cuando la realice a través de sucursales, agencias o establecimientos de comercio.

Así mismo, señala que Fábrica de Discos Fuentes Ltda., cuya actividad fabril está gravada con el impuesto de industria y comercio, la desarrolla como una unidad en el Municipio de Medellín, esto es, el acto comercial de industrial integrado, pues en esta jurisdicción se formula la venta; por lo tanto la actividad de la sociedad se realiza en el Municipio de Medellín.

En resumen, que si la actividad comercial que se concreta a la enajenación, en la venta (acuerdo de voluntades), ella no tiene lugar en el Municipio de Cali, pues es claro que este municipio no puede establecer el gravamen de tal hecho, teniendo en cuenta que la empresa paga por las ventas del producto realizado en su totalidad en el Municipio de Medellín.

Por lo demás, relieva que en escrito 11353 de noviembre 28 de 1991 la sociedad dio una amplia explicación sobre la forma como se incurrió en el error de inscribir en la Cámara de Comercio de Cali, la oficina de Relaciones Públicas de la Empresa (tal matrícula distinguida con el número 267.028-2 fue cancelada el 28 de mayo de 1991, folio 9); también, que es a todas luces inexacto lo afirmado por la resolución A-0028 de marzo 2 de 1992 de que el funcionario visitador objetivamente verificó actividad comercial de venta de productos propios de su objeto social.

En conclusión, la actora sostiene que es un hecho no discutido y probado que la Fábrica de Discos Fuentes Ltda., está ubicada en el Municipio de Medellín, desde cuya sede realiza toda la venta de sus productos; luego por expresa disposición legal ha de inferirse que NO ES SUJETO PASIVO del impuesto de industria y comercio en el Municipio de Santiago de Cali, como lo ha pretendido la Adminstración Municipal mediante la actuación administrativa cuestionada cuya nulidad se demanda.

Surtido el trámite de rigor, en primer término el Tribunal precisa que la Administración Municipal impuso a la sociedad el gravamen controvertido partiendo del supuesto de la existencia de la Agencia en la ciudad de Cali, del hecho de que los pedidos

allí tomados constituían el ejercicio de la actividad comercial; y sobre todo, sin tener en cuenta si la pretendida agencia llevaba contabilidad que permitiera determinar el volumen de los ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en este municipio.

En segundo lugar, transcribe apartes de la sentencia de 25 de septiembre de 1989 que declaró la nulidad del inciso segundo del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 3070 de 1983 (expediente No. 082, actor: Juan Rafael Bravo A. y otra) en cuyo fallo se puntualiza que cuando el contribuyente realiza actividad industrial (entendida como tal la venta de su producción) en más de un municipio debe pagar el gravamen en aquel en donde se encuentre la planta industrial y la base se debe calcular sobre todos los ingresos provenientes de la comercialización de la producción, pero excluyendo los obtenidos en otros municipios cuando cumplan las siguientes condiciones:

> "- que se haga a través de establecimientos comerciales propios, sucursales o agencias.
>
> - que dichos establecimientos estén inscritos en el Registro Mercantil.
>
> - que además estén inscritos en la respectiva Secretaría de Hacienda o Tesorería Municipal y,
>
> - con contabilidad adecuada para determinar los respectivos ingresos en cada una de las plazas".

De acuerdo con lo anterior, el *a-quo* declaró la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se practicó a la sociedad liquidación de aforo por el año gravable de 1990, principalmente apoyándose en el siguiente argumento:

> "Ahora bien, si la Administración Municipal consideraba que la firma demandante comercializaba sus productos en la ciudad de Cali, su obligación era solicitar en el respectivo establecimiento los libros de contabilidad para determinar esto y así establecer el monto del impuesto y no fundamentarse simplemente en el certificado de la Cámara de Comercio y el listado de pedidos efectuados por clientes de la ciudad de Cali, los que al parecer fueron suministrados por el representante legal de la firma desde la ciudad de Medellín (folio 158 y s.s. cuaderno 2o.). De la inspección ocular practicada el 17 de octubre de 1990 por parte de las autoridades municipales (folio 156 cuaderno 2o.) no se desprende que el fundamento para aplicar el gravamen a la actora por ventas en el municipio de Cali, haya sido el resultado de la revisión de libros de contabilidad" (fls. 116/117).

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la entidad demandada sustenta el recurso reiterando lo expuesto en la vía gubernativa en el sentido de que de acuerdo con el formulario de matrícula presentado por la sociedad el 13 de julio de 1990 tenía en el año de 1990 un punto de venta en la ciudad de Cali (carrera 6a. No. 11-57 of. 201-A); que Fábrica de Discos Fuentes Ltda., comercializa sus productos en la ciudad de Santiago de Cali, siendo

gravada con impuesto de industria y comercio el movimiento de las ventas efectuadas en dicha localidad. Así mismo que el hecho de que la actora fabrique y distribuya desde Medellín sus productos, los venda también a clientes residenciados en Cali desde Medellín, no por ello deja de comercializarlos en la ciudad de Cali como se aprecia en las declaraciones rendidas por los señores Carlos Lasso Obregón y Carlos Ossa de la Cuesta utilizando diversos métodos.

Respecto al sustento legal de la sentencia apelada expresa que a pesar de que en ella se argumenta que la aplicación del gravamen no se hizo tomando en cuenta las ventas realizadas en el Municipio de Cali con base en la revisión de los libros de contabilidad, se remite a la resolución 0555 de abril 15 de 1991 en cuya parte motiva aparece consignado que de acuerdo con el Acuerdo 35 de 1985 se oficializa el impuesto de industria y comercio para la vigencia fiscal de 1990 con base en la revisión de libros de contabilidad y otros documentos, precisando que la Administración Municipal de Santiago de Cali sí tuvo en cuenta para fijar el gravamen la contabilidad que lleva la sociedad Fábrica de Discos Fuentes Ltda., toda vez que las respectivas pruebas aparecen a folios 69 y 73 del cuaderno No. 2 de los antecedentes administrativos.

Además el apelante señala que la tasación del tributo efectuada por el Municipio de Santiago de Cali es legal porque se fundamenta en la propia información suministrada por la sociedad demandante sobre la relación de los clientes a los cuales se le hicieron los pedidos.

En consecuencia, pide la revocación del fallo para que en su lugar se nieguen las peticiones de la sociedad demandante (fls. 123/129).

En este proceso no descorrieron el traslado para alegar de conclusión las partes ni el señor Delegado Tercero de la Procuraduría General de la Nación ante el Contencioso (fl. 135).

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo reseñado anteriormente, el Tribunal de instancia básicamente anuló los actos acusados declarando que Fábrica de Discos Fuentes Ltda. no estaba obligada a pagar suma alguna por concepto del impuesto de industria, comercio, avisos y tableros por la vigencia fiscal de 1990, en razón de que la determinación del mencionado gravamen no se efectuó con base en la revisión de los libros de contabilidad, pues argumentó que: "si la Administración Municipal consideraba que la firma demandante comercializaba sus productos en la ciudad de Cali, su obligación era solicitar en el respectivo establecimiento los libros de contabilidad y no fundamentarse simplemente en el certificado de la Cámara de Comercio y en el listado de pedidos efectuados por clientes de la ciudad de Cali, los que al parecer fueron suministrados por el representante legal de la firma desde la ciudad de Medellín (fl. 158 y s.s. cuaderno 2o.)."

Sobre este aspecto de la contabilidad conviene precisar que en su escrito el apelante sostiene que la Administración Municipal de Santiago de Cali, sí tuvo en cuenta para fijar el impuesto de industria y comercio la contabilidad que lleva la sociedad Discos Fuentes Ltda., porque la parte motiva de la resolución 555 de abril 15 de 1991 expresa que la liquidación cuestionada se hizo con base en la revisión de los libros de contabilidad, lo cual no resulta cierto debido a que de la visita ocular efectuada el 17 de septiembre de 1990 a la carrera 6a. No. 11-57 oficina 201-A de Cali en modo alguno evidencia que se hubiesen revisado los libros de contabilidad (ver memorando de octubre 25 de 1990 suscrito por José Luis García Collazos), pues como se anotó antes tal liquidación se llevó a cabo con copias de las requisiciones (listados) enviadas desde Medellín con oficio 11243 de octubre 25 de 1990 por valor de $65.752.400 tomándose el valor equivalente a 5 meses ($ 13.150.480 x 7.7 = $ 101.259 de impuesto mensual). Por lo demás se observa que la mencionada revisión de libros de contabilidad tampoco se practicó en la ciudad de Medellín, debido a que no aparece prueba alguna de ello (fls 159/170).

De otra parte la Sala estima que ha de tenerse en cuenta lo sostenido a través de toda la actuación en el sentido de que Discos Fuentes Ltda. fabrica y comercializa sus productos desde la ciudad de Medellín, toda vez que en el expediente de antecedentes administrativos se registran algunos elementos de juicio que así lo indican, como la certificación de julio 30 de 1991 del Revisor Fiscal de Discos Fuentes Ltda. de que la ejecución y venta de los productos de la empresa se hacen en su totalidad en la ciudad de Medellín; puntualizando además, que los impuestos derivados de éstas son declarados y pagados en la misma ciudad. Informa que en el año 1990 los ingresos ascendieron a $1.699.275.143 resultando como impuesto de industria y comercio $ 600.844 y por avisos y tableros $90.126 (fl. 82).

También aparece como prueba de la venta de la totalidad de los productos efectuada por la empresa en la ciudad de Medellín, la fotocopia de la declaración de industria y comercio 14139 presentada en la ciudad de Medellín el 27 de abril de 1990 la cual fue remitida por Discos Fuentes Ltda. con oficio 10255 de marzo 18 de 1991 dirigido al municipio de Medellín (Secretaría de Hacienda) con el fin de que se declarara a dicha sociedad NO SUJETO PASIVO del impuesto de industria y comercio del municipio de Cali. Pese a que este documento no corresponde al año gravable discutido, sino al año anterior, pues a la fecha de esta petición no se había consolidado aún la vigencia fiscal de 1990, de su contenido se deduce que los ingresos brutos anuales obtenidos por todo concepto DENTRO Y FUERA de Medellín ($1.254.566.512) coinciden exactamente con la declaración de los ingresos brutos anuales obtenidos por todo concepto en MEDELLIN ($1.254.566.512), al igual que con los ingresos relacionados en el cuadro No. 4 provenientes de cada establecimiento declarado. En este cuadro sólo aparece el establecimiento de Discos Fuentes de Medellín de la carrera 51 No. 13-225 con ventas de$ 1.254.566.512 (fls 135/41 antecedentes administrativos).

De manera pues, que no habiéndose desvirtuado por el apelante los fundamentos fácticos y jurídicos que contiene la sentencia, la Sala habrá de confirmarla.

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 13 de agosto de 1993 proferida en el juicio 18258, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de los actos de determinación del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros a cargo de Fábrica de Discos Fuentes Ltda., Nit 90.900.131-8 por el año gravable de 1990.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos/SITUACION NO CONSOLIDADA

Las sentencias de nulidad proferidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, producen efectos *ex tunc* (desde entonces) que significa desde el mismo momento en que se expidió el acto anulado, y como consecuencia de ello, las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto anulado, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo son afectadas por la decisión tomada en esta última. Así es que la sentencia de nulidad del parágrafo 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, se retrotaen a la fecha de expedición del acto anulado afectando las situaciones tributarias no definidas entre esta fecha y la de la sentencia anulatoria, toda vez que la situación tributaria de la actora no está en firme y por tanto no constituye una situación jurídica consolidada.

TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO/BASE GRAVABLE-Disminución/ ACTIVIDAD COMERCIAL/ACTIVIDAD DE SERVICIOS

Si bien el art. 20 del Acuerdo 21 de 1983 autoriza a descontar de la base gravable los ingresos provenientes de actividades comerciales o de servicios realizados en lugares diferentes de Bogotá, este hecho debe ser probado en el evento de cuestionarse el correspondiente descuento, ya no en la forma que establecía el parágrafo 1o. de la misma disposición, sino a través de cualquier medio probatorio que permita determinar con absoluta claridad el hecho que da derecho al descuento, o sea que la actividad objeto de gravamen se realizó en municipios diferentes a Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro 1994.

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia : Expediente No. 4614. Actor: Sade Suramericana de Electrificación S.A. Impuesto Industria y Comercio. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada: El Distrito Capital Santafé de Bogotá, contra la sentencia del 10 de noviembre de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, impetrado por la sociedad SADE SURAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A., Nit: 60.010.318, para impugnar la operación administrativa que le determinó el impuesto de Industria, Comercio y Avisos correspondiente al período gravable de 1986, vigencia 1987.

ANTECEDENTES:

La sociedad Sade Suramericana de Electrificación S.A., presentó declaración de impuesto de industria, comercio y avisos, por el período gravable de 1986-vigencia 1987, el día 5 de mayo de 1987, en la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital Santafé de Bogotá, determinando el impuesto a pagar en la suma de $1.391.125 por la realización de la actividad de servicio de construcción de obras civiles.

Con base en el requerimiento especial No. 1535 del 30 de noviembre de 1988, la Dirección de Impuestos Distritales expidió la liquidación oficial del impuesto de industria y comercio No. 1620 del 24 de abril de 1989, en la cual determinó a la sociedad constribuyente mayores impuestos y sanción por inexactitud, como consecuencia del desconocimiento y adición a la base gravable de partidas correspondiente a: ingresos obtenidos fuera de Bogotá, no acreditados de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1o. del artículo 1o. del Acuerdo 21 de 1983; intereses obtenidos en el exterior, revaluación monetaria y anulación de facturación.

Contra esta liquidación de impuestos, la sociedad interpuso los recursos de reposición y de apelación objetando todos los puntos que generaron los mayores impuestos y sanción por inexactitud.

Por medio de la resolución No. 751 del 17 de octubre de 1989, la Dirección de Impuestos Distritales, resolvió el recurso de reposición, en la cual confirmó únicamente la adición a la base gravable por concepto de los ingresos obtenidos fuera del Distrito Capital Santafé de Bogotá, al considerar que el contribuyente no allegó la prueba exigida expresamente por el parágrafo 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, esto es, las declaraciones de industria y comercio con los correspondientes recibos de pago del impuesto de los municipios en donde se asegura haber realizado la actividad gravada; y que el certificado del revisor fiscal no era idóneo para el efecto.

Surtido el recurso de apelación, la Junta Distrital de Hacienda, confirmó en todas sus partes la decisión anterior, proceder plasmado en la resolución No. 083 del 27 de abril de 1990, que agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

En desacuerdo con lo anterior, la sociedad actora acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, libelo en el cual solicita se le modifique la operación administrativa acusada y consecuencialmente se le acepte la deducción a la base gravable de la suma de $559.313.372.27, por concepto de ingresos obtenidos fuera de Bogotá proveniente de la construcción de obras civiles en lugares distintos de Bogotá y se le exonere de la sanción por inexactitud.

Expresa, que los actos administrativos demandados, violaron los artículos 1o., inciso 1o., y parágrafo 4o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, porque el Distrito Especial de Bogotá no tiene facultad para gravar actividades realizadas fuera de los límites territoriales de su jurisdicción. Por ello, estima que es abiertamente ilegal que en los actos administrativos se haya gravado las obras construídas en municipios distintos del Distrito, como son las realizadas en: La Subestación Cerromatoso en Montelíbano(Córdoba), Línea Betania Poyayán en Betania, Línea Cerrejón Cuestecitas (Guajira), Línea Perca en Bosconia (Cesar), Tubería Rebosadero (Cundinamarca), Relleno Sanitario (Medellín) y Resultado Sucursales Exterior (Ecuador) demostrado con certificado del revisor fiscal.

Observa, que la exigencia probatoria establecida en el parágrafo 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, es un abuso, porque el Distrito no tiene facultad para exigirle a los contribuyentes que declaren la totalidad de los ingresos obtenidos fuera del Distrito, ello en su concepto son ingresos excluídos de la base gravable, y por ello, tampoco puede exigírsele comprobación alguna porque no puede dárseles el tratamiento de una deducción propiamente.

Así mismo, considera que el parágrafo 4o. del citado artículo 20, aclara la cuestión, y permite establecer que con la certificación del revisor fiscal, es suficiente para demostrar que la ejecución de las obras se realizó en municipios diferentes a Bogotá.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda, al considerar que como el único fundamento legal de la operación administrativa acusada era la exigencia probatoria contenida en el parágrafo 1o., del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, y esta disposición había sido declarada nula por el Consejo de Estado, en sentencia del 30 de abril de 1992, exp. 3746, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, se quedaba sin sustento legal la actuación administrativa y por ello debía aceptarse la exclusión de la base gravable de los ingresos obtenidos fuera del Distrito Capital Santafé de Bogotá, corriendo igual suerte la sanción por inexactitud consecuencia de aquélla.

LA APELACION:

La Entidad demandada, el Distrito Capital, Santafé de Bogotá, a través de su representante judicial, oportunamente apela la sentencia del Tribunal y en la sustentación al mismo, éste manifiesta que respeta la decisión que ella contiene pero que no la comparte.

Observa, que si bien las sentencias de declaratoria de nulidad del Juez Administrativo tienen efectos retroactivos, las situaciones consolidadas quedan a salvo según lo ha sostenido el Consejo de Estado, y que debe tenerse en cuenta que los actos administrativos acusados se expidieron antes de la declaratoria de nulidad del parágrafo 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983.

Agrega, que aunque la norma en cita fue anulada por el Consejo de Estado, subsiste para el contribuyente la obligación de probar dónde fueron obtenidos los ingresos, y que como ello no se demostró no era procedente anular los actos administrativos, pues conforme al artículo 72 del Acuerdo 21 de 1983, el contribuyente debe conservar todos los documentos y pruebas necesarias para acreditar plenamente los costos solicitados en la declaración. Por tanto, estima, que si la sociedad solicitó unos descuentos de la base gravable estaba obligada a probarlos en la vía gubernativa de acuerdo con lo estipulado por el artículo 72 citado, norma que se encuentra vigente y no ha sido suspendida ni anulada por el Consejo de Estado.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La apoderada judicial del Distrito Santafé de Bogotá, reitera en su alegato de conclusión los argumentos expuestos en la sustentación al recurso de apelación, y con base en ellos, pide a la Corporación revocar la sentencia proferida por el Tribunal de Cundinamarca y en su lugar desestimar las súplicas de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El representante del Ministerio Público, Dr. Jaime Ossa Arbeláez, conceptúa que la sentencia del Tribunal debe ser confirmada, pero por razones diferentes, como que el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, cuya aplicación debe preferirse "establece que el impuesto de industria y comercio recaerá sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que se ejerzan o realicen en **las respectivas jurisdicciones municipales** y que, para la demostración de que en un caso concreto un contribuyente haya obtenido ingresos en otros municipios no exige una pruebe específica y menos las copias de las respectivas declaraciones y de los recibos de pago". En este caso, a juicio del colaborador fiscal basta demostrar ese hecho por cualquier medio probatorio para que esos ingresos sean excluídos de la base gravable, y que como la Administración no objetó ese hecho, los actos administrativos deben ser anulados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1o. **Efectos de las sentencias de nulidad:**

Respecto a este tema la Sala ha sido enfática en sostener que las sentencias de nulidad proferidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, producen efectos *ex tunc* (desde entonces) que significa desde el mismo momento en que se expidió el acto anulado, y como consecuencia de ello, las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto anulado, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo son afectadas por la decisión tomada en esta última.

Mientras que, las sentencias de inexequibilidad proferidas por la Corte, a juicio de la Sección, producen efectos hacia el futuro, esto es, *ex nunc* (desde ahora) que significa, desde el momento de su pronunciamiento, asimilándose en sus efectos a la derogatoria de una norma.

Por tanto, los efectos de la sentencia de nulidad del parágrafo 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, proferida dentro del proceso 3746, se retrotraen a la fecha de expedición del acto anulado afectando las situaciones tributarias no definidas entre esta fecha y la de la sentencia anulatoria, como acontece con el *sub-lite* toda vez que la situación tributaria de la sociedad actora no está en firme y por tanto no constituye una situación jurídica consolidada antes de la declaratoria de nulidad de las normas que sirvieron de fundamento al acto administrativo demandado.

2o. **Adición de Ingresos obtenidos fuera de Bogotá:**

Declarada la nulidad de la norma que exigía la prueba específica para acreditar ante el Distrito Especial los ingresos en otros municipios, significa que desaparece la restricción probatoria, pero como lo reclama la apelante apoderada de la actora subsiste la obligación de probar el hecho por el cual el legislador autoriza el descuento de la base gravable de ingresos provenientes de actividades realizadas en municipios diferentes al Distrito Especial de Bogotá, de acuerdo con lo consagrado por el artículo 72 del Acuerdo 21 de 1983, que a su letra dice:

> "El contribuyente no está obligado a demostrar los datos contenidos en su declaración de industria, comercio y de avisos o en su adición, al momento de su presentación. Sin embargo, **deben conservarse todos los documentos y pruebas necesarias para acreditar plenamente, conforme a la ley, los datos consignados en la declaración o adición, puesto que deberán presentarse en caso de requerimiento o visita"** (Subraya la Sala).

Es evidente que la normatividad local exige acreditar plenamente los actos consignados en la declaración tributaria del impuesto de industria, comercio y avisos, que hubieren sido cuestionados como consecuencia del proceso de investigación iniciado a los contribuyentes. Por tanto, si bien el artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983,

autoriza a descontar de la base gravable los ingresos provenientes de actividades comerciales o de servicios realizados en lugares diferentes de Bogotá, este hecho debe ser probado en el evento de cuestionarse el correspondiente descuento, como ocurrió en el *sub-lite*, ya no en la forma que establecía el parágrafo 1o. de la misma disposición, sino a través de cualquier medio probatorio que permita determinar con absoluta claridad el hecho que da derecho al descuento, o sea, que la actividad objeto de gravamen se realizó en municipios diferentes a Bogotá.

Se advierte de los antecedentes administrativos, y especialmente de la resolución No. 751 del 17 de octubre de 1989 (fl. 16 c.p.) que resolvió el recurso de reposición que la sociedad actora acompañó en esta oportunidad con miras a demostrar los ingresos obtenidos fuera del Distrito Capital Santafé de Bogotá, y que le habían sido cuestionados, una "certificación autenticada del contador público atestando que los ingresos fuera del Distrito Especial por ejecución de actividad, ascienden a la suma de $559.313.372" y "Fotocopias auténticas de la primera y última hoja de los contratos de construcción por cuya realización obtuvo la sociedad ingresos fuera del Distrito Especial" las cuales fueron desestimadas en virtud de la exigencia del parágrafo 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983.

Como con acierto lo consideró el *a-quo* "el único fundamento legal para efectuar la adición que se discute es no haber demostrado los ingresos adicionados con base en el parágrafo 1o. del artículo 20 del Acuerdo Distrital No. 21 de 1983; se rechaza el certificado del revisor fiscal por estimar que la prueba es específica y no puede ser suplida por otra".

Así pues, estima la Sala que la actora probó conforme lo exige el artículo 72 del Acuerdo 21 de 1983, los ingresos provenientes de actividades realizadas en municipios diferentes al Distrito Especial de Bogotá, razón por la cual no procede la objeción que la apelante formula a la sentencia del Tribunal, motivo por el cual ésta ha de ser confirmada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del 10 de noviembre de 1992, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

BANCO DE LA REPUBLICA/BILLETE-Convertibilidad

Las previsiones contenidas en el art. 3o. de la Ley 167 de 1938, se referían precisamente a aquel tipo de obligaciones en el evento de que se hubieren contraído "en otras monedas oro" pero no a las que corresponden al Banco con relación a sus propios billetes. Por ello tales previsiones no le son aplicables al Banco con relación a sus propios billetes con los cuales no está adquiriendo aquel tipo de obligaciones, así diga en ellos que pagará al portador tantos pesos oro. Por vía de interpretación de la citada Ley de 1938 mal puede darse por restablecido el sistema de conversión de los billetes que de tiempo atrás había sido sustituído por la legislación colombiana, como en forma nítida lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en fallo de 25 de febrero de 1937 en el cual declaró la inexequibilidad dèl art. 2o. de la Ley 46 de 1933.

BILLETE-Naturaleza/PAPEL MONEDA/TITULO VALOR-Inexistencia

El billete presentado así como todos los billetes que emite el Banco de la República, no es más que uno de los documentos constitutivos de moneda de papel que el Banco lanza a pública circulación , al igual que la metálica, por autoridad de la ley en su condición de Banco Emisor, consagrado tanto en la Constitución derogada con desarrollo, entre otras normas en la Ley 7a. de 1973 y más claramente en la nueva Carta Política en el artículo 371. El billete no es un documento de deber, ni un título valor y menos aún un título ejecutivo. Mal puede atribuírsele al texto en el estampado, las consecuencias jurídicas de las obligaciones interpartes, contenidas en aquellos ni pretender que incorporan su va-

lor en forma igual o similar al que se atribuye a los títulos valores, ni constituye título que pueda presentarse a juez alguno para forzar su pago o conversión en otra especie.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4731. Actor: Pablo Eduardo Victoria Wilches contra Banco de la República. Autoridades Nacionales. Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor, contra la sentencia dictada el 7 de diciembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio promovido por el Doctor PABLO EDUARDO VICTORIA WILCHES en acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Banco de la República.

ANTECEDENTES

El 31 de octubre de 1990, mediante Oficio No. GG-23936, el Banco de la República a través de su Representante Legal, respondió negativamente a la solicitud presentada por el ciudadano Pablo Eduardo Victoria Wilches, por medio de la cual se pretendió que el Banco de la República pagara lo prometido en el texto del billete de $5.000 No. 33706813 emitido por dicha Entidad, siendo convertido al peso de 0.50637 de oro a la ley de 900 milésimos de fino, por cada peso oro dividido en cien centavos.

El 9 de noviembre de 1990, mediante Oficio No. GG-24602, el Banco de la República a través de su Representante Legal, dio respuesta al recurso de reposición interpuesto contra la decisión contenida en la comunicación No. GG-23936, ratificando lo en ella expresado.

DEMANDA. Ante tal actuación del Banco de la República, el demandante consideró incumplida la promesa incondicional que hace el Banco en el billete presentado y constituye una obligación en moneda legal colombiana representativa de oro, que reclama como derecho a su favor. La conversión del billete presentado le arrojó la cifra de $17'887.849 a la fecha de la demanda.

Con la negativa del Banco consideró que fueron violadas las siguientes disposiciones legales:

Ley 30 de 1922
Ley 117 de 1922
Ley 39 de 1980
Ley 18 de 1904

Ley 110 de 1922
Ley 167 de 1938
Decreto Autónomo 2617 de 1973
Código Civil artículos 1602 y 2492
Código Fiscal de 1873
Ley 25 de 1923
Ley 7 de 1973
Ley 33 de 1903
Ley 59 de 1905
Ley 82 de 1931
Ley 90 de 1948
Decreto Autónomo 2618 de 1973
Código de Comercio artículos 619 y 621

CONCEPTO DE LA VIOLACION- El Banco de la República es un organismo autónomo de naturaleza especial, constitucionalmente encargado de la función monetaria.

Para cumplir con la función monetaria, por delegación del Estado se le autorizó el derecho exclusivo de emitir los billetes los cuales serían emitidos por pesos oro.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 25 de 1923, modificado por la Ley 82 de 1931, el Banco de la República está obligado a convertir los billetes que emite en oro. El Decreto Legislativo 1683, prorrogado por la Ley 46 de 1933, suspendió hasta 1938 el libre comercio y la convertibilidad de dichos billetes en oro.

La convertibilidad fue restituída mediante la Ley 167 de 1938 al definir ésta la unidad monetaria en términos de oro.

Como consecuencia de lo anterior, el billete de $5.000 constituye una obligación en moneda legal colombiana representativa de oro y para solventarla, se debe seguir el procedimiento consagrado en el artículo 3o. de la Ley 167 de 1938 que establece: las obligaciones "... contraídas en otras monedas de oro se convertirán a pesos de oro colombiano acuñado, tomando por base el peso y la ley de éstos y de aquéllas en la fecha en que se contrajo la obligación y se pagarán a la par en los mismos billetes por lo que resulte de dicha conversión".

Los billetes emitidos por el Banco de la República establecen que pagarán al portador una determinada cantidad de pesos oro, con lo cual están haciendo referencia al peso especificado en la Ley 90 de 1948. El peso oro es una promesa real que convierte al billete en un título valor.

El proyecto de Ley 63 de 1990, presentado por el Ministro de Hacienda, al Congreso de la República y que pretende derogar el artículo 19 de la Ley 25 de 1923 demuestra la vigencia de dicha norma.

CONTESTACION DE LA DEMANDA: En primer lugar el apoderado del Banco de la República se pronunció sobre los hechos enunciados por el actor, argumentando que las normas que éste citó, no son actos de la entidad demandada, no son hechos, sino disposiciones legales: frente al billete No. 33706813 de fecha 5 de agosto de 1987, adujo que fue emitido en ejercicio del atributo estatal que en forma indelegable ejerce el Estado por medio del Banco de la República, según lo previsto en la Ley 7a. de 1973, artículo 1o. y por lo tanto este punto tampoco constituye un hecho.

También consideró que el billete del Banco de la República no es un título ejecutivo sino que constituye la moneda legal del país, emitida conforme a la ley; sin embargo, y en gracia de discusión de aceptarse que lo fuera, argumentó que un título ejecutivo no sirve de fundamento para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A.

Tampoco consideró de recibo el argumento referente al agotamiento de la vía gubernativa por cuanto la actuación del demandante estuvo enmarcada en el derecho de petición, el cual no se puede confundir con el agotamiento de la vía gubernativa.

En segundo lugar, refiriéndose a las Leyes 30 y 117 de 1922, 25 de 1923 modificada por la Ley 82 de 1931, 7 de 1973 y Decreto Autónomo 2618 de 1973, citados por el actor como fundamentos de derecho, advirtió que no se determinó cuáles de sus artículos fueron vulnerados, como tampoco se explicó el concepto de su violación; aclaró también que las Leyes 30 y 117 de 1922, el Código Fiscal de 1873 y las Leyes 39 de 1880, 33 de 1903, 18 de 1903 y 59 de 1905 habían dejado de regir para la época en que se creó el Banco y por ende, nunca le fueron aplicables. Frente a la Ley 110 de 1922, y a las disposiciones del Código Civil y Código de Comercio citadas en la demanda, estimó que no hacen referencia a asuntos monetarios y por lo tanto no pudieron ser violadas con la expedición de los actos acusados.

Posteriormente hizo un análisis de la evolución de la moneda legal como medio de pago: en un principio, según lo dispuesto en la Ley 25 de 1923, era representativa de oro amonedado, no tenía curso forzoso y debía ser convertible a la vista; su poder liberatorio estaba limitado al pago de los impuestos y de las deudas a favor de la Nación en tanto que se garantizara o se cumpliera su convertibilidad, y como contenían la promesa de pagar el oro amonedado que representaban, la ley dispuso que prestarían mérito ejecutivo. Como complemento de ésto se le otorgaron facultades al Banco de la República para concentrar en su poder el oro y las divisas para permitirle la acumulación de las reservas que habrían de servirle como respaldo para cumplir con la función de emitir los billetes y convertirlos a su presentación cuando le fueren exigibles.

La Ley 82 de 1931 reformó el sistema anterior y les otorgó a los billetes del Banco de la República poder liberatorio ilimitado para toda clase de deudas, aunque mantuvo la libre estipulación monetaria. Igualmente derogó la disposición según la cual los billetes del Banco prestarían mérito ejecutivo.

Como consecuencia de la crisis mundial de los años 30 y con el objeto de mantener la solidez del sistema cambiario y la estabilidad monetaria, se estableció el sistema de control de cambios en Colombia como instrumento coercitivo para permitir la concentración total del oro y demás reservas internacionales en el Banco de la República. En virtud del Decreto Ley 1683 de 1931, se suspendió temporalmente el libre comercio de oro y se prohibió su exportación; adicionalmente, en lo sucesivo el Banco de la República sería la única entidad que podría comprar y a la cual se podrían vender divisas, con lo cual se centralizó en el Banco de la República y en los establecimientos bancarios autorizados por éste, la venta al público de divisas, previa autorización de la Comisión de Control de Operaciones de Cambio.

Como complemento de las anteriores medidas se suspendió la obligación del Banco de la República de cambiar los billetes por monedas de oro o por giros sobre el exterior, es decir, se suspendió la convertibilidad de los billetes.

Ante la baja de las reservas, en septiembre de 1931 el gobierno estableció de acuerdo con el Banco de la República, la inconvertibilidad de los billetes de éste, con lo cual operó la independencia entre el sistema monetario interno del país y el sistema monetario internacional.

El inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto Ley 1683 de 1931 dispuso que el cambio de billetes emitidos por el Banco de la República se efectuaría previa autorización de la Comisión de Control, en giros a la vista sobre Nueva York. De esta forma la ley expresamente eliminó la convertibilidad por oro del billete del Banco de la República y sólo permitió su cambio por giros en el exterior.

El artículo 21 de la Ley 25 de 1923 y el artículo 6o. del Decreto Ley 1683 de 1931 fueron reglamentados por el Decreto 650 de 1935 por medio del cual se suspendió el libre comercio de oro y se autorizó al Banco de la República para cambiar sus billetes por giros a la vista sobre Nueva York, previo permiso de la Comisión de Control.

De esta forma, por virtud de la ley, el billete del Banco de la República dejó de ser convertible en oro.

El billete como moneda legal. Como consecuencia de lo anterior, la Ley 46 de 1933, eliminó la libertad de estipulación monetaria y convirtió la moneda emitida por el Banco de la República en moneda legal del país con poder liberatorio ilimitado sin sujeción a su convertibilidad al determinar en forma imperativa que las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado, se cubrieran a la par en billetes colombianos, representativos de oro o en billetes del Banco de la República, en tanto que las contraídas en otra clase de monedas de oro, se pagarían en los mismos billetes, según la paridad intrínseca de tales billetes en relación con el oro colombiano acuñado. Igualmente se estableció que esta medida regiría por el término de cinco años, a menos que antes del vencimiento de dicho período se hubiera restablecido el cambio por oro de los billetes del Banco de

la República. De esta forma se reconoció nuevamente el carácter de moneda legal de los billetes y su inconvertibilidad en oro.

Esta norma fue demandada por inconstitucional y la Corte Suprema de Justicia en fallo de febrero 25 de 1937 la declaró exequible; en el fallo se concluyó que la norma determinaba el valor de la moneda nacional en relación con el oro amonedado al tiempo que ésta y las demás normas expedidas con anterioridad al Decreto 1683 de 1931 habían consagrado la inconvertibilidad de los billetes del Banco de la República.

Los billetes del Banco de la República como moneda legal y la suspensión indefinida de su convertibilidad. Por medio de la Ley 167 de 1938 se definió la nueva unidad monetaria del país, se derogó el término de cinco años previsto en la Ley 46 de 1933 y se consagró indefinidamente el carácter de moneda legal de los billetes emitidos por el Banco de la República, manteniendo su inconvertibilidad y proscribiendo la libertad de estipulación monetaria. Igualmente derogó los artículos 127, 130 y sus concordantes del Código Fiscal, 4o. de la Ley 120 de 1914, 12 de la Ley 15 de 1918, 2o. de la Ley 46 de 1933 y 9o. de la Ley 31 de 1935.

La Ley 7a. de 1973 y el atributo de la Emisión del Estado a través del Banco de la República. Por medio de esta ley se prorrogó el término de duración del Banco de la República, se nacionalizó su capital y se determinó que el atributo estatal de la emisión es indelegable y lo ejercería el Estado por medio del Banco de la República, con lo cual se le asignó como función legal propia, la función pública de emitir la moneda legal del país.

De esta manera, el Banco pasó de su condición privada a convertirse en una entidad del Estado y por lo tanto de derecho público.

Ratificación legal y jurisprudencial sobre la inconvertibilidad de los billetes. Con fundamento en lo anteriormente dicho, el Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones autónomas conferidas por el Acto Legislativo No. 1 de 1979, dictó el Decreto 340 de 1980 por medio del cual señaló la naturaleza jurídica del billete emitido por el Banco de la República.

De esta forma, en su artículo 3o. el legislador autónomo ratificó que los billetes del Banco de la República constituían la moneda legal del país en tanto que no se modifiquen los tratados monetarios vigentes o no se consagre de nuevo la convertibilidad, con lo cual legalmente ratificó la inconvertibilidad.

La norma fue demandada ante el Consejo de Estado por inconstitucional, pero no por su contenido, sino porque consideró el actor, que estando vigente el artículo 76 numeral 15 de la C.N., la competencia para dictarla, radicaba exclusivamente en cabeza del Congreso.

El Consejo de Estado consideró que la competencia para expedir este tipo de normas, que son expresión del ejercicio de la soberanía monetaria del Estado, la tiene exclusivamente el Congreso de la República al tenor de lo dispuesto en el artículo 76

numeral 15 de la C.N. En consecuencia la Corporación declaró la inconstitucionalidad de la norma porincompetencia de la Presidencia de la República, pero reconoció la existencia de la inconvertibilidad de los billetes del Banco de la República (Consejo de Estado, Sección Primera, exp. 3322 septiembre 9 de 1981).

Consagración legal y definitiva de la inconvertibilidad: La Ley 9a. de enero 17 de 1991 en su artículo 35, expresamente dispuso la derogatoria del artículo 19 de la Ley 25 de 1923, sustituído por la Ley 82 de 1931 y como consecuencia, no sólo se abandona la suspensión de la convertibilidad sino que se deroga la norma que preveía esta posibilidad.

Función constitucional de emisión: La Constitución Política al elevar al Banco de la República como órgano del Estado de rango constitucional, le atribuyó el ejercicio de las funciones de banca central y entre ellas, la de emitir la moneda legal.

Igualmente, en su artículo 150 numeral 13 estableció que le corresponde al Congreso determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA: En primer lugar, aclaró el Tribunal que, en la demanda no se menciona expresamente la norma superior que hubiese podido resultar infringida por los actos acusados y por lo tanto dedujo del libelo que la que el actor considera vulnerado el artículo 3o. de la Ley 167 de 1938, puesto que ésta es la norma que presenta como sustento de la petición y la que según él, obligaría al Banco de la República a realizar la conversión solicitada.

En segundo lugar relacionó las normas citadas por las partes y concluyó que las pretensiones de la demanda se deben resolver negativamente, con base en los siguientes argumentos:

1. Los billetes del Banco de la República son inconvertibles en oro, puesto que la convertibilidad fue suspendida mediante el Decreto 1683 de 1931 artículo 1o. posteriormente por la Ley 46 de 1933 y finalmente por la Ley 167 de 1938 que en sus artículos 3 y 4 la consagró indefinidamente, en tal forma que en la actualidad se mantiene.

2. El artículo 1o. de la Ley 90 de 1948 dispone que la unidad monetaria y moneda de cuenta nacional es el peso oro, que pesa 0.50367 de oro a la Ley de 900 milésimos de fino, sin embargo ésto no significa que los billetes se puedan convertir en otros billetes equivalentes al precio del oro que dicen contener, puesto que en tanto esté suspendida la convertibilidad, los billetes no son representativos de oro físico sino moneda con poder liberatorio ilimitado y convertible únicamente en moneda del mismo valor y cantidad.

3. Del artículo 3o. de la Ley 167 de 1938 no se deduce que los billetes emitidos por el Banco de la República sean representativos de una obligación contraída en oro acuñado.

4. Cuando el Banco de la República emite billetes no adquiere la obligación de convertirlos en oro o en el equivalente de éste; esta posibilidad se encuentra suspendida.

5. En virtud de la suspensión del comercio de oro, consagrada en el Decreto 1638 de 1931 artículo 1o., el Banco de la República al emitir, no contrae obligaciones en oro, en consecuencia éstas no pueden ser convertibles a la par en billetes cuanto lo soliciten los tenedores.

6. Los billetes del Banco de la República son moneda y por eso es el medio de pago con poder liberatorio ilimitado.

7. La frase "El Banco de la República pagará al portador cinco mil pesos oro" no obliga a dicha entidad a efectuar la convertibilidad, por cuanto como ya se explicó ésta está suspendida.

8. El proyecto de la Ley 93 que cursa en el Senado no da validez a las pretensiones de la demanda ya que lo que pretende es la adecuación de las normas a la realidad monetaria y al convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional.

9. De acuerdo con lo dicho por el Dr. Luis Carlos Sáchica en su obra "Constitucionalismo Colombiano", las emisiones son de curso forzoso.

10. No es posible la convertibilidad de un billete por otros billetes del Banco, en mayor cantidad en razón de la equivalencia del valor del oro, que el billete presentado para su conversión dice contener. Ello conllevaría, a que por un billete, en virtud de la convertibilidad, se entregaran mayor cantidad de billetes, los que a su vez se podrían convertir nuevamente, lo que conduciría a un enriquecimiento sin causa.

APELACION. Respecto a las consideraciones del fallo, manifestó en su orden el actor:

1. Las Leyes 46 de 1933 y 167 de 1938 artículos 3 y 4 establecieron la convertibilidad del billete, ordenando pagarlo a la par con billetes del Banco de la República por lo que resulte de la conversión.

2. La conclusión de que "en la práctica" los billetes no son representativos de oro, es una sustentación de facto, pero no de derecho, por cuanto las Leyes 167 de 1938 y 90 de 1948, vigentes, disponen lo contrario.

La afirmación de que la convertibilidad está suspendida en la práctica, atenta contra el principio consagrado en el artículo 8o. del Código Civil, que establece que la costumbre, por general que ésta sea, no puede ir en contra de una decisión legal.

3. La interpretación que hace el juzgador del artículo 3o. de la Ley 167 de 1938 es inarmónica puesto que la norma dispone en forma clara la solventación de los billetes a la par con billetes nacionales.

4. Nuevamente el juzgador hace una interpretación amañada de las normas que regulan la convertibilidad, pues no tiene fundamento jurídico alguno.

5. Las Leyes 46 de 1933 y 167 de 1938 reiteraron la obligación contraída por el Banco de la República al emitir los billetes.

6. Es falsa la conclusión de que los billetes son moneda en sí mismos y no representativos de oro, por las siguientes razones:

a) La Ley 25 de 1923 artículo 17 establece que los billetes actuarán como moneda legal y no que sean moneda legal.

b) De igual forma no establece que sean pesos oro, luego no son moneda en sí mismos, sino simbólicos de moneda.

c) Cuando un billete está expresado en términos de oro, es moneda representativa de moneda y no moneda en sí misma.

d) La declaración de que el billete del Banco de la República es moneda en sí mismo sólo se inicia con el proyecto de Ley 93 de 1992.

7. No es necesario levantar la suspensión de la convertibilidad, pues ella está vigente.

Al prever la eliminación de la leyenda "pagará al portador" se reconoce el valor de la misma, pues de lo contrario no sería necesario eliminarla.

La función del juzgador es aplicar la ley vigente. Mediante una declaración judicial no se pueden derogar normas.

Las ramas del poder público tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente y la violación a este principio afecta las instituciones en manera grave e implica una extralimitación o usurpación de funciones que compromete la responsabilidad personal de quien la produce y constituye una típica vía de hecho en franca oposición a la vía de derecho.

8.Al reconocer el fallador que el proyecto de Ley 93 de 1992 es el que elimina toda referencia al peso oro como unidad monetaria, contradice sus anteriores conclusiones, por cuanto dicho reconocimiento avala que el patrón oro sí estaba vigente.

9. El párrafo del autor Luis Carlos Sáchica citado en la sentencia constituye violación del artículo 49 de la C.N. de 1886 ya que al prohibir dicha norma, la moneda de curso forzoso, amparaba de manera expresa, la convertibilidad de los billetes.

10. La interpretación del Dr. Carlos Lleras Restrepo, en el sentido de que la definición de unidad monetaria pierde todo su alcance, no pasa de ser una apreciación dentro de un discurso.

11. Adolece de falsedad la conclusión del juzgador en el sentido que por un billete, en razón de la convertibilidad, se entregaría una mayor cantidad de billetes que al convertirlos nuevamente conduciría a un enriquecimiento sin causa, puesto que cada billete entregado como respaldo de otro, causaría una nueva obligación del Banco, en virtud de que contiene la manifestación expresa de la entidad, número de serie diferente, fecha de emisión y firma del gerente. Operaría una obligación independiente para cada billete.

Sin embargo, el Banco de la República, podría optar por pagar en divisas extranjeras, la obligación contraída en el billete 33706813, emitido el 5 de agosto de 1987.

ALEGATOS DE CONCLUSION DE LA PARTE DEMANDADA. El apoderado del Banco de la República inició sus alegatos con una síntesis de los argumentos esgrimidos por las partes en las etapas procesales agotadas; posteriormente expuso las razones por las que considera que debe ser confirmada la sentencia recurrida, las cuales pueden resumirse así:

A. Consideraciones Generales: En primer lugar resaltó que el acto administrativo mediante el cual el Banco de la República negó la petición del ciudadano Pablo E. Victoria Wilches y el acto que confirmó dicha decisión, se ajustan en un todo a derecho por cuanto fueron expedidos por el funcionario competente, vale decir, por el Representante Legal del Banco, sin vulneración del derecho de defensa, debidamente motivados y no fueron expedidos con desviación de las atribuciones propias del Gerente General que las profirió.

En segundo lugar y frente a la afirmación de que el único interés del actor lo constituye que se adelante una reforma monetaria y se le permita su intervención en la elaboración del proyecto de ley, adujo el apoderado del Banco que para ello no es preciso hacer uso de las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto no es posible demandar la nulidad de un acto administrativo con el objeto de promover u obtener la modificación de las leyes en que éste se funda; para ello se debe surtir el procedimiento previsto en la C.N.

En tercer lugar y en referencia a la solicitud del actor tendiente a que se declare la existencia de una hipotética obligación y se condene al Banco a cumplirla, derivada a su juicio de un título ejecutivo, aclaró la parte demandada que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no está dada para ejecutar a una entidad pública.

B. Consideraciones respecto a los "hechos" enunciados por el actor: Reiteró que los hechos 1 a 14 enunciados por el actor, son normas con fuerza de ley las cuales a excepción del artículo 1o. de la Ley 90 de 1948, ya no existían en el ordenamiento jurídico colombiano por haber sido derogadas.

Frente a lo descrito en el numeral 15, consideró que la emisión del billete No. 33706813 con fecha 5 de agosto de 1987, no puede considerarse como un hecho.

Frente al numeral 16 de los hechos, en el cual se afirmó la existencia de un título ejecutivo que sirve como fundamento de la petición, reiteró que no es cierto que el billete pueda constituir título ejecutivo por cuanto es la moneda legal del país.

Frente al numeral 17, estimó que el actor confunde el ejercicio del derecho de petición con el agotamiento de la vía gubernativa.

Frente al numeral 18 reiteró que sólo es cierto que el 31 de octubre de 1990 el Banco respondió negativamente la solicitud presentada en ejercicio del derecho de petición en interés particular y no mediante el agotamiento de la vía gubernativa.

Frente al numeral 19 aclaró que no se puede confundir que el recurso haya sido resuelto en forma nagativa, con que éste haya sido negado, por cuanto esto último equivaldría a no haberlo tramitado, cosa que no ocurrió.

C. Consideraciones del Banco frente a las normas invocadas por el actor: Frente a la vulneración de las Leyes 22 y 117 de 1922, Código Fiscal de 1873, Ley 39 de 1880, Ley 33 de 1903, Ley 18 de 1904 y Ley 59 de 1905, destacó que fueron derogadas antes de que expidiera la Ley de creación del Banco de la República.

Frente a la vulneración de las Leyes 30 de 1922 y 25 de 1923, anotó la parte que el actor no especificó cuáles artículos de dichas leyes resultaron violados, como tampoco las razones que lo asisten para hacer tal aseveración. Lo mismo dijo frente a la presunta violación de la Ley 7a. de 1973 y de los Decretos Autónomos 2617 y 2618 de 1973.

Respecto de la Ley 110 de 1922, estimó que no puede ser violada por el Banco en la medida en que no se refiere a asuntos monetarios.

Sobre el artículo 1602 del C.C. aclaró que hace referencia a la autonomía de la voluntad privada, lo cual nada tiene que ver con el asunto *sub-júdice*.

Finalmente tampoco consideró procedente la cita hecha por el actor, sin explicación alguna, de las normas del Código de Comercio relativas a los títulos valores.

D. Consideraciones de fondo: Inicia este acápite con la evolución histórica del dinero como medio de pago, el cual en un principio estuvo constituído por el dinero mercancía y se limitaba a los metales preciosos; posteriormente fue sustituído por el papel moneda representativo de dinero mercancía, respaldado por ésta y por lo tanto convertible a ella.

El patrón oro surgió como consecuencia de la general aceptación del oro como el bien más idóneo para hacer las veces de dinero.

Durante el siglo XIX el papel moneda era emitido generalmente por los bancos y convertible a un tipo de oro fijo; la moneda era un poco más que un resguardo de oro y su circulación se debía a que era más conveniente usar el papel que el metal.

Con el paso del tiempo los billetes emitidos por los bancos privados fueron menos comunes y los bancos centrales tomaron una parte creciente en la responsabilidad de la emisión.

En Colombia, en 1923, se creó el Banco de la República como único banco emisor de la moneda legal del país.

Se determinó que los billetes que emitiera serían representativos de moneda legal colombiana y serían emitidos por moneda legal; es decir, por pesos oro del peso y ley fijados en el Código Fiscal.

La Ley 25 de 1923 dispuso que los billetes del Banco de la República eran representativos de oro amonedado, no tenían curso forzoso y debían ser convertibles a la vista; la ley no les otorgó poder liberatorio salvo para el pago de impuestos y de las deudas a favor de la Nación, siempre y cuando se garantizara o se cumpliera su inconvertibilidad y como tenían la promesa de pagar el oro amonedado que representaban, la ley dispuso que prestarían mérito ejecutivo.

La Ley 82 de 1931 reformó el sistema anterior y le otorgó a los billetes del Banco el carácter de moneda legal con poder liberatorio ilimitado para toda clase de deudas, aunque mantuvo tanto la libre estipulación monetaria, como la convertibilidad.

Con motivo de la crisis económica mundial, por medio del Decreto Extraordinario 1683 de 1931, Colombia suspendió el patrón oro y con ello la convertibilidad de los billetes de su Banco de emisión, hasta que en 1991 se previó su eliminación en forma absoluta.

Igualmente se determinó que en lo sucesivo, el Banco de la República sería la única entidad que podría vender cambios internacionales, con lo cual se centralizó en el Banco y en los establecimientos bancarios autorizados por éste, la venta pública de cambios internacionales.

El billete como moneda legal: Como consecuencia de lo anterior, la Ley 46 de 1933 eliminó la libertad de estipulación monetaria y el carácter de representatividad que de la moneda legal tenía el billete del Banco y en su lugar lo convirtió en moneda legal del país, con poder liberatorio ilimitado, sin sujeción a su convertibilidad, al determinar en forma imperativa, que las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se cubrirían a la par en billetes colombianos representativos de oro. El legislador determinó que dicho mandato regiría por el término de cinco años, a menos que antes del vencimiento de dicho período se hubiere restablecido el cambio por oro de los billetes del Banco de la República.

Esta norma fue demandada por inconstitucional y la Corte Suprema de Justicia en fallo del 25 de febrero de 1937 la declaró exequible por cuanto concluyó que la norma impugnada determinaba el valor de la moneda nacional con relación al oro amonedado al tiempo que ésta y las demás normas anteriores habían consagrado la inconvertibilidad de los billetes del Banco de la República.

Suspensión indefinida de la convertibilidad de los billetes del Banco de la República como moneda legal: Por medio de la Ley 167 de 1938, se definió de nuevo la unidad monetaria del país y se derogó el término de cinco años previsto en la Ley 46 de 1933 y se consagró indefinidamente el carácter de moneda legal de los billetes del Banco de la República.

Para reafirmar lo anterior, el apoderado del Banco citó textualmente el informe de mayoría de la Cámara de Representantes, que sirvió de motivación de la mencionada Ley 167 de 1938, en el cual se ratificó que en desarrollo de la Ley 25 de 1923, el Gobierno

suspendió la obligación del Banco de cambiar sus billetes por monedas de oro o por giros sobre el exterior, es decir suspendió la convertibilidad.

La Ley 7a. de 1993 y el atributo de la emisión del Estado a través del Banco de la República: En las actas del proyecto de Ley 48 de 1972, que fue aprobado como la Ley 7a. de 1973, se lee que a partir de la crisis mundial de 1931 desapareció la convertibilidad.

Con la promulgación de esta ley el atributo estatal de la emisión pasó a ser indelegable y es ejercida por el Estado a través del Banco de la República; de esta forma el Banco se convirtió en una entidad de derecho público.

Ratificación legal y jurisprudencial de la inconvertibilidad: El Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones autónomas conferidas por el Acto Legislativo No. 1 de 1979, dictó el Decreto 340 de 1980, en el cual se ratificaba la inconvertibilidad de los billetes. Dicha norma fue declarada inconstitucional por el Consejo de Estado, por incompetencia del Presidente de la República para dictarlo, pero reconoció la existencia de la inconvertibilidad de los billetes. La sentencia fue proferida por la Sección Primera el 9 de septiembre de 1981, Consejero Ponente Dr. Jacobo Pérez Escobar.

La función constitucional de emitir moneda legal: La Constitución Política al elevar al Banco de la República como órgano del Estado de rango constitucional, le atribuyó el ejercicio de las funciones de banca central y entre ellas, la de emitir la moneda legal, según lo dispone el artículo 371.

A su vez, el numeral 13 del artículo 150 de la nueva Constitución, estableció que corresponde al Congreso determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio.

Inconvertibilidad de los billetes por oro fino o por el precio de éste: Por virtud del ordenamiento jurídico, a partir de 1931, el billete del Banco de la República dejó de ser moneda representativa y pasó a convertirse en moneda legal propiamente dicha, por lo cual no contiene obligación alguna, clara, expresa y exigible a cargo del instituto emisor y a favor del tenedor.

Teniendo en cuenta que los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación giran alrededor de la convertibilidad de los billetes en oro tomando como fundamento legal la Ley 46 de 1933 y la Ley 167 de 1938, se puede colegir lo siguiente:

1. La Ley 46 de 1933 en su artículo 2o. incisos 2 y 3 suspendió por el término de cinco años la inconvertibilidad de la moneda.

2. La Ley 167 de 1938 en su artículo 3o. dispuso que las obligaciones contraídas en oro colombiano o en moneda legal colombiana, se solventarán a la par con billetes nacionales representativos de oro o billetes del Banco de la República y las contraídas

en otras monedas de oro se convertirán a pesos de oro colombiano acuñado, tomando por base el peso y la ley de éstos y de aquéllas en la fecha en que se contrajo la obligación y se pagarán a la par en los mismos billetes por lo que resulte de dicha conversión, con lo cual se establece que el legislador ratificó la inconvertibilidad de los billetes en oro.

El artículo 1o. de esta ley, estableció el valor del peso oro que debe interpretarse armónicamente dentro del contexto de la ley, en concordancia con su artículo 3o., inciso 3o. en el cual se establece la finalidad del precitado artículo.

Por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se puede pretender adelantar un juicio ejecutivo contra la Nación.

MINISTERIO PUBLICO. Representado por el Procurador Tercero Delegado ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, no rindió concepto en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES:

1. La negativa del Banco de la República a convertir un billete en la forma como lo solicitó el demandante, constituyó una verdadera actuación administrativa que quedó concretada en los dos oficios acusados en los cuales se expresaron los motivos legales para no acceder a ella.

Considera la Sala que tales oficios sí podían ser objeto de la acción de nulidad con petición de restablecimiento del derecho por parte de quien se consideró vulnerado en su interés particular, con la citada negativa.

Por estas breves consideraciones la Sala está de acuerdo con la aceptación y trámite que le dio el Tribunal a la demanda, sin que sean aceptables las objeciones de carácter procesal en este sentido formuladas por el señor apoderado del Banco.

2. Con relación al aspecto de fondo de la controversia, también comparte las apreciaciones del *a-quo* sobre la naturaleza jurídica del billete y la imposibilidad de convertirlo en la forma solicitada por el demandante.

El billete presentado, así como todos los billetes que emite el Banco de la República, no es más que uno de los documentos constitutivos de **moneda** de papel que el Banco lanza a pública circulación, al igual que la metálica, por autoridad de la ley en su condición de **Banco emisor,** consagrada tanto en la Constitución derogada con desarrollo, entre otras normas en la Ley 7a. de 1973 y más claramente en la nueva Carta Política en el artículo 371.

El billete no es un documento de deber, ni un título valor y menos aún un título ejecutivo. Mal puede atribuírsele al texto en él estampado, las consecuencias jurídicas de las obligaciones interpartes, contenidas en aquéllos, ni pretender que incorporan su valor en forma igual o similar al que se atribuye a los títulos valores, ni constituye título que pueda presentarse a juez alguno para forzar su pago o conversión en otra especie.

A ninguno de tales instrumentos es equiparable el billete que el Banco emite, no en su condición de persona jurídica con capacidad de adquirir derechos y obligaciones, sino como emisor autorizado de la moneda y precisamente de la moneda legal colombiana, o sea, la única a la cual la legislación del país le atribuye poder liberatorio de las obligaciones, esas sí contraídas en aquellas clases de instrumentos.

La moneda, o sea, el "signo representativo del precio de las cosas para hacer efectivos los contratos y los cambios" (Diccionario de la Lengua Española), constituye una de las más claras y elementales manifestaciones del poder estatal. La soberanía monetaria le ha correspondido y sigue correspondiéndole a la Nación y por ello jurídicamente no puede encasillarse en campos distintos. Todo lo que corresponde a la moneda pertenece al derecho público y las leyes y normas que regulan, tanto la metálica como la de papel, no pueden juzgarse ni interpretarse con las mismas normas que regulan las expresiones de voluntad consignadas en otro tipo de instrumentos como los de deber.

Las previsiones contenidas en el artículo 3o. de la Ley 167 de 1938, en las cuales se ha apoyado en forma insistente el actor, se referían precisamente a aquel tipo de obligaciones en el evento de que se hubieren contraído "...en otras monedas de oro...", pero no a las que corresponden al Banco con relación a sus propios billetes. Por ello tales previsiones no le son aplicables al Banco con relación a sus propios billetes con los cuales no está adquiriendo aquel tipo de obligaciones, así diga en ellos que pagará al portador tantos pesos oro.

Por vía de interpretación de la citada Ley de 1938, mal puede darse por restablecido el sistema de conversión de los billetes que de tiempo atrás había sido sustituído por la legislación colombiana, como en forma nítida lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 25 de febrero de 1937 en el cual declaró la exequibilidad del artículo 2o. de la Ley 46 de 1933, junto con otras normas, y que, con relación al tema de la convertibilidad (en oro o en cualquier otro bien) de los billetes expresó:

"CAPITULO III

"El artículo 2o. de la Ley 46 de 1933 determina el valor de la moneda nacional en curso en relación con el oro amonedado, tanto colombiano como extranjero, y modifica, en lo relativo al pago de las obligaciones contraídas en valutas extranjeras, las disposiciones legales vigentes en ese entonces, en el sentido de establecer el momento que debe tenerse en cuenta para ser reducidas a moneda colombiana.

"La Ley 25 de 1923 concedió el privilegio al Banco de la República de emitir billetes de Banco, con curso a la vez facultativo y de caja, esto es, con carácter de recusable por parte de las personas y de obligatoria admisión en las arcas nacional, departamentales y municipales.

La Ley 82 de 1931 confirió a los billetes del Banco de la República curso legal, es decir poder liberatorio absoluto, salvo que "por contratos se estipule expresamente otra cosa".

Desde cuando se estableció el Banco de la República hasta el 24 de septiembre de 1931, funcionó en el país el sistema conocido con el nombre inglés de "Gold Specie Standard", cuya esencia consiste en que el precio del oro, el valor del oro en unidades monetarias está fijado por la ley, y eso determina el valor de la unidad monetaria misma".

(.....)

"A partir del Decreto 1683 de 1931, se inició el sistema denominado "Gold Exchange Standard", el cual había sido previsto por las Leyes 25 de 1923 y 28 de 1931. "El Gold Exchange Standard" es un medio práctico de economizar el uso del oro en la aplicación del patrón de oro. Se puede compararlo al pago de saldos, por cheque, entre bancos, en la oficina de compensación, en lugar de solucionarles en dinero efectivo. Se hace uso del oro en los negocios internacionales como uno de los medios de cambio, pero éste es un medio de cambio, no entre diferentes mercancías (salvo indirectamente) sino entre monedas diferentes.

Según ese sistema, teóricamente no todo el oro se atesora por el banco emisor, sino que se invierte en colocaciones a corto término en plazas extranjeras, ganando interés. El banco emisor regula el cambio ofreciendo las divisas apreciadas y demandando las divisas despreciadas. Exporta también el oro (el cual en ningún caso se acuña), cuando ello es necesario, para restablecer el equilibrio en esa combinación.

Entendiendo por curso forzoso la dispensa del banco emisor de la convertibilidad de sus billetes, con el citado decreto no se modificó el curso legal del billete, pero tácitamente adquirió curso forzoso el crédito que esos billetes representan.

Con lo dicho queda demostrado porqué razón el inciso segundo del artículo que se analiza se limitó a fijar el valor de la moneda nacional en circulación, en relación con el oro acuñado colombiano y extranjero.

.....".

(Mg. Ponente: Dr. Juan Francisco Mujica).

Finalmente se precisa que una cosa es la **definición** de la unidad monetaria colombiana y la expresión de su valor equivalente en oro, consagrados en el artículo 1o. de la Ley 90 de 1948 y otra, la posibilidad de la **convertibilidad** de los billetes emitidos por el Banco de la República.

Si ésta última dejó de existir, según el transcrito análisis de la Corte Suprema de Justicia y si, por otra parte, la ley le atribuyó al billete el curso forzoso, resulta jurídicamente válida la conclusión de que el billete en sí mismo es **moneda,** o sea, instrumento legal que puede utilizarse para toda clase de pagos en el territorio nacional, con poder liberatorio ilimitado, como acertadamente lo expresó desde un principio el Gerente General del Banco de la República.

En conclusión, la Sala respalda plenamente la determinación del Banco de la República de negarse a convertir uno de sus billetes en oro o en su equivalente en

moneda legal al precio de éste, por cuanto tales billetes constituyen en sí mismos la moneda legal colombiana, susceptible sólo de cambiarse, por su valor nominal, por otros billetes de igual naturaleza emitidos por el mismo Banco y por ello comparte las juiciosas razones expuestas por el Banco y acogidas por el Tribunal en la sentencia apelada que, en consecuencia, deberá confirmarse.

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 dictada el 7 de diciembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, en el juicio No. 1632 promovido por el ciudadano PABLO EDUARDO VICTORIA WILCHES contra el Banco de la República.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillemo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olgos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

CERT-Requisitos/BIEN NACIONAL/CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS

Tienen derecho al Certificado de Reembolso Tributario los proveedores nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos en licitaciones internacionales abiertas por Colombia por entidades oficiales, para adquirir bienes financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público, que suministran bienes o servicios. Si por "bienes nacionales" debe entenderse los producidos en el país en los cuales el valor FOB de los insumos importados no pueda ser más del 50 del "valor exfábrica de los bienes terminados ofrecidos" se comprende que tal concepto puede tener aplicación en los contratos de suministro y de compraventa de bienes inmuebles con el Estado pero no exactamente en los contratos de obras públicas en los cuales el contratista, no tiene la calidad de "proveedor de bienes nacionales" en el sentido dado para los efectos del CERT por las normas mencionadas.

PROVEEDOR NACIONAL/CERT-Requisitos

No puede exigirse a los proveedores nacionales, el cumplimiento de aquellos requisitos que sólo pueden cumplir los exportadores como son el reintegro de divisas, la entrega de copia del formulario único de exportación o ausencia de investigación administrativa o penal relacionada con la autenticidad o legalidad de la exportación, pero sí es aplicable, en cuanto no es contraria, la exigencia de que la solicitud de entrega de los CERT se presente dentro de un plazo máximo de 6

meses. Por eso el reconocimiento de los CERT está condicionado al cumplimiento de requisitos y en el caso de los proveedores nacionales su reconocimiento no es automático, sino que exige valoración por parte de la Administración. El plazo de los 6 meses es aplicable a los proveedores nacionales, contados desde el perfeccionamiento del contrato.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4971. Actor: Banco de la República/Luis Alfredo Cubides Castro C.C. 17.130.749. Apelación de la sentencia del 10 de mayo de 1993. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Autoridades Nacionales -CERT-. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado judicial de la actora, como por la demandada, contra la sentencia del 10 de mayo 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 promovido por el BANCO DE LA REPUBLICA contra los actos administrativos mediante los cuales reconoció y expidió al señor LUIS ALFREDO CUBIDES CASTRO Certificados de Reembolso Tributario, "CERT", por valor de $7.108.000 más la suma de $395.76 que le fueron entregados el 1o. de julio del año 1987, a través del Banco de Bogotá.

ANTECEDENTES

La Empresa de Obras Sanitarias de Tunja (EMPOTUNJA), abrió la Licitación Pública Internacional No. ET-06 BIC-26/85 para el suministro e instalación de tuberías para la ejecución de obras civiles, para un tramo de alcantarillado grupo IV en la ciudad de Tunja-Boyacá.

La licitación fue adjudicada al señor LUIS ALFREDO CUBIDES CASTRO, con quien se suscribió el respectivo contrato el 16 de julio de 1985, por un valor de $28.531.256.84. Contrato que fue objeto de adición inicial el 17 de marzo de 1986 y otros diez reajustes, el último por acta de liquidación suscrita el 2 de octubre del año de 1987.

El 22 de abril de 1987 el señor LUIS ALFREDO CUBIDES CASTRO, a través del Banco de Bogotá presentó, con fundamento en el Decreto 1518 de junio de 1984, la solicitud No. 0855 para que se le expidieran CERT por valor de $7.108.399.84, equivalentes al 20% del Valor Agregado Nacional que había acreditado en su oferta, según certificación que en tal sentido le expidiera la contratante.

Con Oficio No. 358 de abril 24 de 1987 el Banco de la República solicitó se aclarara la diferencia entre el valor certificado por **EMPOTUNJA** y la indicada en el contrato, la que fue explicada por el Banco de Bogotá el 5 de junio de 1987.

En atención a la solicitud formulada, el Banco de la República, entregó a la peticionaria, por conducto del intermediario financiero antes señalado, CERTS por $7.108.000, más la suma en efectivo de $395.76, operación que se llevó a cabo el día 1o. de julio de 1987.

LA DEMANDA

Luego de exponer los antecedentes de la expedición de la Ley 48 de 1983, estima la actora que con la expedición del acto acusado se infringieron los artículos 20 de la Constitución Nacional, 1o. y 11 de la Ley 48 de 1983; 1o., 2o., 3o., 4o., 7o., y 8o. del Decreto 1518 de 1984; todo el Decreto 636 de 1984; especialmente el artículo 11 literal d), 1o. del Decreto 1355 de 1984; 1o. del Decreto 2847 de 1985 y el Decreto 222 de 1983, al considerar que la demandada, por no ser una proveedora de bienes nacionales, a término de las exigencias contenidas en los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 8o., y 9o., del Decreto 1518 de 1984, atendiendo a la definición que de bienes nacionales traía el Decreto 1355 de 1984 en su artículo 1o., no tenía derecho al incentivo tributario otorgado, toda vez que el término "proveedor" establecido en el artículo 1o. del Decreto 1518 de 1984, era sinónimo de productor o fabricante, tal como podía concluirse de los antecedentes del artículo 11 de la Ley 48 de 1983, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 268, 270 y 272 del Decreto 222 de 1983.

Considera que la definición que de "sociedades proveedoras nacionales" contenía el parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 1815 de 1984 tenía como finalidad simplemente la de excluir del beneficio del CERT a las sociedades o empresas extranjeras, que en un momento dado pudieran producir bienes nacionales, conforme el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984. Y en cuanto a la nacionalidad del productor de los bienes a suministrar, para efectos del CERT, el artículo 11 de la Ley 48 de 1983 determinó que el Gobierno Nacional definiría qué se entendía por bienes y servicios nacionales.

Y el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1518 de 1984 sobre CERT para proveedores nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia, exigió en el parágrafo del artículo 2o. de dicho decreto para efectos del reconocimiento del CERT que las sociedades fueran colombianas, según el Código de Comercio y que suministraran bienes nacionales. Por lo que la nacionalidad para efectos del CERT se predicaba tanto del bien, entendiendo aquel que tiene un valor agregado nacional de por lo menos 50%, como también de la sociedad que suministre ese mismo bien.

Agrega que la finalidad del mecanismo del CERT es motivar y procurar la participación de nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia, con el fin de ahorrar divisas, y de nada valdría si a la sociedad extranjera se le diera el incentivo, que acrecentaría sus utilidades que más tarde giraría al exterior como regalías.

Considera que la norma y el régimen del CERT está definido dentro de claros criterios como incentivo generador de divisas.

Interpreta que dados los requsitos exigidos por el Decreto 1518 de 1984 en concordancia con la Ley 48 de 1983 y el Decreto 636 de 1984, los contratos de ejecución de obra pública no tienen derecho al Certificado de Reembolso Tributario CERT, porque aún el Gobierno no ha señalado dicho beneficio para los proveedores de servicios nacionales y como el Decreto 1518 de 1984 sólo lo consagró para "proveedores de bienes muebles nacionales", los contratos de obras públicas (artículo 81 del Decreto 222 de 1983) quedan excluídos del beneficio, y en consecuencia la adjudicación hecha al señor LUIS ALFREDO CUBIDES CASTRO, con fundamento en dicha norma no fue para proveer bienes muebles que él mismo produjera, sino para el suministro de tuberías y su instalación para la ejecución del grupo IV de alcantarillado no tenía derecho al CERT.

Sentada la premisa de que el contrato de obra pública no tiene derecho al CERT, califica de inocua la certificación expedida sin fecha y número por el coordinador del programa INSFOPAL-BID subproyecto Tunja de las obras sanitarias de Tunja, EMPOTUNJA LTDA., sobre el valor agregado nacional acreditado en el contrato 036-BID-85.

Estima que aún en el evento de que el contrato de obra pública tuviera derecho al CERT, el acto acusado vulnera los artículos 11 de la Ley 48 de 1983 y 1o. a 4o., 7o. y 8o. del Decreto 1518 de 1984, porque para expedir la certificación sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta la ley exige que dicho valor se haya calculado sobre los bienes de origen nacional, entendiendo por tales aquellos producidos en el país para los cuales el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de contratación sea igual o inferior al 50% del valor exfábrica de los bienes terminados ofrecidos (artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984) y no sobre el valor total del contrato, ni de los servicios en él involucrados.

Que de otra parte, la calidad de productor según los términos del artículo 2o. del Decreto 1518 de 1984, citado, en concordancia con los Decretos 1355 y 1356 de 1984 (artículo 2o.) modificado el 1o. por el Decreto 2847 de 1985, disposiciones reglamentarias del artículo 10 del Decreto 222 de 1983, tienen que ver con el tema de la protección a la industria y al trabajo nacional, que quiere dar la ley mediante el apoyo directo al proveedor productor, y no al intermediario o comerciante que también puede ser proveedor.

Por último aduce que la presentación de la solicitud del CERT fue extemporánea y que por lo tanto el acto acusado violó el literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984 y los artículos 3o. y 8o. del Decreto 1518 del mismo año.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, y anuló los actos administrativos que otorgaron el CERT, al considerar

que según el contexto literal de las normas citadas como violadas por la actora, la demandada no tenía derecho al reconocimiento del beneficio tributario del CERT, porque el contrato celebrado fue de ejecución de obra pública y no de suministro, de acuerdo con la calificación establecida por el Decreto 222 de 1983 y además, el valor agregado nacional no fue acreditado en la oferta.

No accedió al reconocimiento de intereses y Corrección Monetaria pedidos por la Administración atendiendo a la buena fe con que obró el demandado y al hecho de que hubo falla en la actuación de los funcionarios del Banco de la República al concederle el CERT sobre condiciones no autorizadas por la ley.

LA APELACION

1.- La actora

Al sustentar el recurso de apelación expone que de acuerdo con el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene como unidad innescindible de su interposición la nulidad del acto y el consiguiente restablecimiento del derecho, que en caso de prosperar retrotrae la situación jurídica del acto al mismo momento de su expedición, de tal modo que con el retiro del ordenamiento jurídico del acto anulado, desaparece la legitimidad y validez de la situación que tenía respaldo en su existencia.

Situación jurídica, que a su juicio no reconoce el Tribunal al ordenar solamente la devolución del CERT entregado y una suma de dinero en efectivo, sin tener en cuenta que dicha suma corresponde al valor del dinero al momento de la entrega del incentivo fiscal, desconociendo con ello la desvalorización monetaria del dinero ocurrida desde esa fecha y el momento procesal actual y en consecuencia el restablecimiento del derecho es sólo parcial.

Cita las sentencias del 23 de julio de 1970 de la Sección Tercera sin indicar el número del proceso, ni el ponente y la de marzo 18 de 1993, expediente 4490 Sección Cuarta.

Reitera que la naturaleza del contrato celebrado por la entidad pública y el demandado no fue de suministro sino de obra pública, de modo que carece por su objeto de virtualidad alguna para generar el derecho al incentivo fiscal.

2.- La demandada

Al sustentar el recurso de apelación, reitera las excepciones propuestas acerca de la ilegitimidad de personería del Banco de la República y la caducidad de la acción, así como la presunción de legalidad del acto acusado.

Seguidamente expone que en su caso se dieron todos los parámetros de orden legal para obtener el beneficio fiscal establecido por el Decreto 1518 de 1984, y que no

es cierta la conclusión a que llega el Tribunal, compartiendo los argumentos del Emisor, en el sentido de que los contratos de obra pública asignados mediante licitación internacional no tienen derecho al CERT. Señala como en la exposición de motivos de la ley marco de comercio exterior, a la que alude frecuentemente el Tribunal, se dice de manera clara la necesidad e intereses que el Gobierno Nacional tenía de reactivar los sectores productivos y las exportaciones, y entre las posibilidades encontró la de financiar a las empresas y a los proveedores de bienes y servicios nacionales que participaran en licitaciones internacionales, realizadas en el país o en el exterior, y que así se consignó dándole una naturaleza dual al CERT, para estimular las exportaciones al devolver los impuestos indirectos e incentivando las actividades que promovieran el empleo de mano de obra, mayor valor agregado nacional, etc., pues el CERT constituye el mecanismo apto para devolver impuestos indirectos, tasas y contribuciones, incluso a nivel departamental y municipal, constituyendo las llamadas "exportaciones internas" para sustituir importaciones y así ahorrar divisas.

Enfatiza cómo la exposición de motivos al artículo 10 de la Ley 48 de 1983, luego de proponer el otorgamiento del CERT a los proveedores favorecidos en licitaciones internacionales, termina con la siguiente alocución: "El CERT se le podrá otorgar a actividades tan florecientes entre nosotros, dignas de apoyo tales como la consultoría, la ingeniería, la arquitectura, la publicidad, el transporte".

Concluye que el Decreto 1518 de 1984, expedido en desarrollo de la ley marco sí consagró el derecho al CERT para proveedores nacionales favorecidos con contratos realizados en licitaciones internacionales y para ello los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1355 de 1984 en concordancia con el artículo 2o. del Decreto 1356, del mismo año, definen que se consideran bienes nacionales y que el acto administrativo acusado sí tuvo en cuenta y cumplió los requisitos exigidos por la ley pues tuvo como soporte un contrato para proveer bienes nacionales, adjudicado en licitación internacional, abierta en Colombia y financiada con recursos del BID, y ajustado a las previsiones del artículo 1o. del Decreto 1518 de 1984 para ser merecedor del CERT.

Considera que no es pertinente la afirmación hecha por la actora sobre la extemporaneidad de la solicitud, toda vez que el término de 6 meses previsto en el artículo 11 del Decreto 636 de 1984 y 8o. del Decreto 1518 del mismo, contado a partir del momento del reintegro de las divisas, año sólo es predicable para los exportadores y no para los proveedores en licitaciones internacionales, que no tienen término para formular la solicitud, quedando sometidos solamente al requisito del cumplimiento del contrato.

Pide se revoque la sentencia recurrida.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La actora

Al alegar de conclusión refuta los argumentos expuestos por la demandada al proponer las excepciones:

a) De ilegitimidad de personería sustantiva del demandante y la de falta de jurisdicción, porque desconoce en primer término la asignación de funciones públicas que la Ley 48 de 1983 confiere al Banco de la República para efectuar el reconocimiento del CERT, y la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1518 de 1984 en desarrollo de la ley marco de comercio exterior, regulando en mayor detalle el cumplimiento de dicha función.

Desarrollo de funciones que conlleva la expedición de actos administrartivos por parte del Banco de la República, que encuentra referencia en el artículo 80 del Código Contencioso Administrativo tal como lo señala la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 19 de julio de 1984 al analizar su constitucionalidad. Y el hecho de expedir actos administrativos implica conforme el artículo 149 del mismo Código que tenga la capacidad jurídica para incoar tales acciones previstas en el citado Código entre ellas la de demandar su propio acto administrativo ante la jurisdicción instituída para juzgar las controversias originadas en tales actos.

b) De caducidad de la acción, pues al Banco de la República como entidad de derecho público económico le era aplicable el artículo 136 inciso 2o. del Código Contencioso Administrativo, conforme con el cual el término de caducidad es de dos años.

c) De presunción de legalidad del acto, que a pesar de no ser propiamente una excepción, pues se orienta al fondo de la *litis*, está desvirtuada plenamente en el proceso.

Con relación a la cuestión de fondo insiste en su criterio del no derecho al CERT por la ejecución de contratos de obra pública conforme con argumentos similares a los expuestos en la demanda como al apelar.

Reitera la extemporaneidad de la solicitud invocando para el efecto las sentencias proferidas por la Corporación el 24 de julio de 1992 y el 7 de junio de 1993 en los procesos 3937 y 4716.

Pide se revoque la sentencia en el punto 3o., atendiendo a la naturaleza resarcitoria integral de la acción de nulidad y del restablecimiento del derecho.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Sexta Delegada ante la Jurisdicción, luego de hacer el recuento de los hechos y peticiones de la demanda como de los argumentos de defensa de la demandada, solicita se confirme la sentencia al considerar que el Decreto 1518 de 1984 y concordantes, no se refirió a proveedores de servicios, sino que hizo única y exclusiva mención de los proveedores de bienes nacionales, lo que le permite afirmar con absoluta seguridad que el Gobierno Nacional sólo usó en forma restringida la facultad a él otorgada por la Ley 48 de 1983, por lo que siendo el contrato celebrado con el demandado el de obra pública no tiene derecho al CERT.

Estima infundadas las excepciones propuestas dada la calidad de entidad pública de la demandante.

Nada dice acerca de los intereses.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- En cuanto a las excepciones propuestas por la demandada, esta Corporación comparte la decisión y las razones expresadas por el *a-quo* y por lo mismo se remite a la parte pertinente del fallo a fin de avocar de inmediato el estudio de fondo de los cargos formulados.

Constituye asunto fundamental en este proceso determinar si realmente al momento de expedir el Banco de la República el acto administrativo de reconocimiento del CERT, el demandado LUIS ALFREDO CUBIDES CASTRO llenó o no los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley para hacerse acreedor al beneficio mencionado, ya que la actora alega que no, en virtud de tres hechos primordiales.

a) La extemporaneidad en la solicitud.

b) La improcedencia del reconocimiento, por no estar contemplado el beneficio tributario para los contratos de ejecución de obra pública.

c)La insuficiencia de la certificación expedida por las Empresas Municipales de Tunja para demostrar el origen nacional de los bienes proveídos, ni su valor agregado en la forma exigida por los Decretos 1518 de 1984 y 2847 de 1985 en concordancia con el Decreto 222 de 1983.

Mediante la Ley 48 de 1983 el Congreso de la República estableció el marco, las pautas y los mecanismos a que debía sujetarse el Gobierno Colombiano con el fin de orientar el comercio exterior y entre ellos tuvo como horizonte, según lo señala su artículo 1o. numeral 1o. "Promover las exportaciones de bienes y servicios, su diversificación, y estimular la industria y los sectores productivos nacionales".

Para este efecto, el artículo 2o. creó el Certificado de Reembolso Tributario CERT en reemplazo del Certificado de Abono Tributario "CAT", que con el mismo propósito había previsto el legislador extraordinario de 1967, al expedir, en desarrollo de las facultades otorgadas por la Ley 6a. de 1967, el Decreto Extraordinario 0444 contentivo del Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior. Y en el artículo 3o. sañaló que el CERT sería un instrumento flexible de apoyo a las exportaciones cuyos niveles fijaría el Gobierno de acuerdo con los productos y las condiciones del mercado a que se exportaran.

En el artículo 11 la Ley 48 de 1983 extendió expresamente el beneficio tributario a los bienes y servicios colombianos en licitaciones internacionales, al disponer:

"De la fijación de bienes y servicios colombianos en licitaciones internacionales.

"Con el propósito de hacer competitivas las **exportaciones de bienes y servicios del país,** el Fondo de Promoción de Exportaciones "Proexpo", bajo las condiciones que el Gobierno Nacional establezca, podrá financiar la participación de proveedores nacionales de bienes y servicios en licitaciones internacionales abiertas en Colombia.

"En este caso, el Gobierno **también podrá apoyar a los proveedores** con el Certificado de Reembolso Tributario (CERT).

"En aplicación de este artículo, el Gobierno Nacional definirá qué se entiende por bienes y servicios nacionales y, tratándose de sociedades, cuáles se consideran proveedores nacionales."

En desarrollo de lo ordenado en la ley, el Gobierno Colombiano expidió el Decreto 636 de 1984, estatuto a través del cual precisó las características de los CERT y las condiciones para su expedición y entrega. Posteriormente expidió el Decreto 1518 de 1984, reglamentario de la Ley 48 de 1983, con el propósito de regular lo concerniente al beneficio del CERT a los proveedores nacionales favorecidos en la adjudicación de contratos en licitaciones internacionales abiertas en Colombia así:

"Artículo 1o.- Los proveedores de bienes nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos resultantes de licitaciones internacionales, abiertas por las entidades oficiales, para adquirir bienes financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público, tendrán derecho al Certificado de Reembolso Tributario -CERT- , en las condiciones y términos establecidos en el presente decreto.

"Artículo 2o.- Para los efectos de este decreto se consideran bienes nacionales aquellos establecidos en el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984.

"Parágrafo.- Las sociedades, que conforme al Código de Comercio, sean colombianas y que suministren bienes nacionales en los términos establecidos por el presente artículo se considerarán, igualmente, proveedores nacionales.

"Artículo 3o.- La certificación, expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional con arreglo al artículo anterior, junto con copia autenticada del contrato perfeccionado, presentados por las personas a que se refieren los artículos 1o. y 3o. darán derecho a la expedición del Certificado de Reembolso Tributario -CERT- por parte del Banco de la República.

"Artículo 4o.- El Banco de la República liquidará el monto del Certificado de Reembolso Tributario -CERT-, sobre el valor agregado nacional certificado conforme a lo establecido en el artículo 3o. del presente decreto.

"Artículo 8o.- Las disposiciones generales sobre el Certificado de Reembolso Tributario -CERT-, se aplicarán en las materias no reguladas en este decreto, en cuanto no les sean contrarias.

> **"Artículo 9o.-** Las normas de este decreto se aplicarán en las licitaciones internacionales a que se refiere el artículo 1o., y que se abran con posterioridad a la fecha de su expedición."

Posteriormente expidió el Decreto 2847 de 1985, que dispuso:

Artículo 1o.

El artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984, quedará así:

> "Para los efectos de la aplicación del Título X del Decreto 222 de 1983, son bienes de origen nacional aquellos producidos en el país para los cuales el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de contratación sea igual o inferior al 50% del valor exfábrica de los bienes terminados ofrecidos."

Del contexto literal de las normas transcritas, especialmente del artículo 11 de la Ley 48 de 1983 se infiere en principio, que tienen derecho al Certificado de Reembolso Tributario los proveedores nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos en licitaciones internacionales abiertas por Colombia por entidades oficiales, para adquirir bienes financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público, que suministran bienes o servicios.

No obstante como el artículo 11 último inciso de la Ley 48 de 1983 concedió facultad al Gobierno para definir qué se entiende por bienes y servicios nacionales y éste al desarrollarlo y expedir el Decreto 1518 de 1984, artículo 2o. solo señaló qué se entendía por bienes nacionales, remitiéndose para el efecto a lo ya establecido por el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984 (modificado por el artículo 1o. del Decreto 2847 de 1985) que a su vez define qué son bienes de origen nacional, para los efectos de la aplicación del título X del Decreto 222 de 1983, aquellos producidos en el país en los cuales el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de contratación sea igual al 50% del valor exfábrica de los bienes terminados ofrecidos, no puede concluirse que los proveedores de servicios y mano de obra nacional favorecidos con adjudicación de los contratos a que hace referencia el artículo 1o. del Decreto 1518 de 1984, tengan derecho al reconocimiento del CERT.

Si bien puede afirmarse en términos generales que cuando la ley se refiere a "bienes" el término sólo podría comprender tanto las cosas corporales muebles o productos como las inmateriales como enseña el artículo 653 del Código Civil, y dentro de este concepto caben perfectamente los intangibles, el *know how,* la tecnología, la asistencia técnica, que como suministro de conocimiento especializado son verdaderos

bienes avaluables en dinero y susceptibles de ser suministrados y exportados, como lo enseña el artículo 11 de la Ley 48 de 1983 y con anterioridad lo precisaba el Decreto 444 de 1967, el Gobierno atendidos los vocablos bienes y servicios contenidos en la Ley 48 de 1983, sólo reglamentó lo concerniente a los bienes materiales o corporales.

Si por "bienes nacionales " debe entenderse según el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 2847 de 1985 los producidos en el país en los cuales el valor FOB de los insumos importados no pueda ser más del 50% "del valor exfábrica de los bienes terminados ofrecidos", se comprende que tal concepto puede tener aplicación en los contratos de suministro y de compraventa de bienes muebles con el Estado (arts. 130 y 135 del Decreto 222 de 1983) pero no exactamente en los contratos de obras públicas (art. 81 y ss. *ibídem*) en los cuales el contratista, no tiene la calidad de "proveedor de bienes nacionales" en el sentido dado para los efectos del CERT por las normas mencionadas (sobre el tema: fallo de octubre 22 de 1993, Expediente 4901).

Adicionalmente el potencial beneficiario del incentivo tributario en licitaciones internacionales debe cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley, entre ellos el de oportunidad en la presentación de la solicitud, porque contrariamente a lo expresado por el apoderado del demandado y como repetidamente lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, el artículo 8o. del Decreto 1518 de 1984, transcrito, prevé la aplicación de las disposiciones generales sobre el CERT a las materias no reguladas en el decreto reglamentario por lo que, los CERT para proveedores nacionales en licitaciones internacionales se rige también por lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 636 de 1984 sin descuidar claro está, las circunstancias especiales que las diferencias de los exportadores, la especialidad de los CERTS que pueden solicitar uno y otros, y de los requisitos que deben cumplir en cada caso, tal como se precisó en la sentencia del 24 de julio de 1992, Expediente 3937, reiterada en el fallo de julio 30 de 1993 expediente 4685 donde se dijo:

> "Al respecto y así como lo señaló el Tribunal en el fallo de primera instancia, esta Corporación a través de la providencia de 24 de julio de 1992, expediente 3937, consideró que los proveedores nacionales en licitaciones internacionales les era aplicable el término de los seis (6) meses previsto en el Decreto 636 de 1984, en los siguientes términos que ahora reitera:
>
> "Mediante la Ley 48 de 1983, ley marco de comercio exterior, se creó el Certificado de Reembolso Tributario en sustitución de los Certificados de Abono Tributario C.A.T., "en las condiciones previstas en esta ley y, en los decretos que la desarrollen" (art. 2o.).
>
> "De acuerdo con lo anterior, el Gobierno expidió el Decreto 636 de 1984 por medio del cual "se reglamenta el Certificado de Reembolso Tributario CERT y se dictan otras disposiciones relacionadas con las exportaciones" y en su artículo 11 estableció los requisitos que deben cumplir quienes soliciten la expe-

dición y entrega de CERT y dentro de dichos requisitos está el relativo a que la solicitud de entrega de los Certificados, se presente dentro de un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha del respectivo reintegro de divisas.

"Lo anterior dentro de la reglamentación general de los CERT.

"Como la misma Ley 48 de 1983, en su artículo 11 previó la existencia de CERT para proveedores colombianos participantes en licitaciones internacionales, el Gobierno expidió el Decreto 1518 de 1984 mediante el cual ".. .se reglamenta el Certificado de Reembolso Tributario CERT para los Proveedores Nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia."

"De este último Decreto es del caso citar sus artículos 3o. y 8o. los cuales disponen que:

"Artículo 3o. La certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y determinado con arreglo al artículo anterior, junto con copia autenticada del contrato perfeccionado, presentados por las personas a que se refieren los artículos 1o. y 2o. darán derecho a la expedición del Certificado de Reembolso Tributario, CERT, por parte del Banco de la República."

.....

"Artículo 8o. las disposiciones generales sobre el Certificado de Reembolso Tributario, CERT, se aplicarán en las materias no reguladas en este decreto, en cuanto no les sea contrarias."

" De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que:

"Se crearon Certificados de Reembolso Tributario para los exportadores y para los proveedores nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia y respecto de los últimos, existe una reglamentación especial que según el artículo 8o. del Decreto 1518 de 1984 se completa en las materias no reguladas, por las disposiciones generales sobre los Certificados de Reembolso Tributario, en cuanto no le sean contrarias y en virtud de dicha remisión el tema de los requisitos, no regulado en la norma especial, para los CERT de proveedores nacionales se rige por las normas generales, es decir, por el artículo 11 del Decreto 636 de 1984.

"Desde luego que en dicha aplicación es necesario tener en cuenta, la especialidad de los CERT que pueden solicitar los proveedores nacionales, enfrente a los que pueden solicitar los exportadores y ésta la razón por la cual la norma remisoria prevé su aplicación, "en cuanto no le sean contrarias."

"Así no puede exigirse a los proveedores nacionales, el cumplimiento de aquellos requisitos que sólo pueden cumplir los exportadores como son el reintegro de

divisas, la entrega de copia del formulario único de exportación o ausencia de investigación administrativa o penal relacionada con la autenticidad o legalidad de la exportación, pero sí es aplicable, en cuanto no es contraria, la exigencia de que la solicitud de entrega de los CERT se presente dentro de un plazo máximo de seis (6) meses.

"Y es que se trata además de un requisito que corresponde a la necesidad de que tal reconocimiento a cargo del Estado, no quede indefinido en el tiempo y sometido al capricho del proveedor nacional, con las consecuencias de hacer más gravosa la obligación estatal.

"Así como el exportador tiene un límite en el tiempo para presentar su solicitud de CERT, también lo tiene, en virtud de la remisión que se hace a las normas generales, el proveedor nacional que participa en licitaciones internacionales abiertas en Colombia.

"Y desde cuándo debe contarse el plazo de seis (6) meses a que se refiere el artículo 11 del Decreto 636 de 1984? Tal como lo anota el demandante, no puede ser a partir del reintegro de divisas, ya que este hecho no se da en el caso de los proveedores nacionales, beneficiarios de los CERT.

"Sobre este punto específico la actora afirma que debe ser desde la liquidación del contrato mientras que en la sentencia recurrida se afirma, de acuerdo con la administración que debe contarse desde la fecha de perfeccionamiento del contrato.

"La Sala comparte este último criterio, toda vez que de acuerdo con la misma reglamentación de los CERT para proveedores nacionales, así puede establecerse, en efecto, el Decreto 1518 de 1984, dispuso que el valor del CERT se liquidaría sobre el valor de **la oferta** de bienes y servicios y no sobre el precio final. Por otra parte, la misma norma establece la obligación para el proveedor de otorgar una garantía ante el Banco de la República por el mismo valor del CERT, precisamente para garantizar el cumplimiento del contrato y la cual se cancela cuando se compruebe la entrega de los bienes (Artículos 3o., 4o., y 6o. del Decreto 1518 de 1984).

"Lo anterior indica claramente que el hecho que debe tenerse en cuenta para contabilizar los seis (6) meses en cuestión es el perfeccionamiento del contrato, ya que el trámite y los requisitos consagrados en la norma, a los cuales se ha hecho referencia, tiene en cuenta la oferta, la copia del contrato y sus términos para determinar el valor del CERT y su reconocimiento, y en cuanto a la ejecución del contrato exigen solamente su garantía, sin referirse para ningún efecto a la liquidación del mismo.

"Por otra parte, el argumento propuesto por la parte actora desde la demanda y luego en la apelación, en el sentido de que los proveedores nacionales en lici-

taciones internacionales abiertas en Colombia "tienen derecho al CERT" y no "el derecho a solicitar el CERT", siempre que comprueben los hechos a través de la certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y la copia del contrato perfeccionado, se podría aceptar, si las normas no establecieran ciertos requisitos necesarios para la expedición y entrega de los CERT.

"Por el sólo hecho de que el artículo 3o. del Decreto 1518 de 1985 utilice los términos de que ciertos documentos "...darán derecho a la expedición..." de los CERT no queda sin efectos la remisión ya precisada a las normas generales y entre ellas a la de los requisitos.

"Pero es que aún en el caso de los exportadores, el artículo 2o. del Decreto 636 de 1984 dispone que "las exportaciones legal y efectivamente realizadas, el reintegro de las divisas correspondientes a la respectiva solicitud formalmente presentada por el exportador originarán **la obligación a cargo del Banco de la República, de expedir y entregar al exportador** los Certificados de Reembolso Tributario" (se subraya) y luego consagra los requisitos ya mencionados, en su artículo 11.

"Podría aceptarse que, según el citado artículo 2o. del Decreto 636 de 1984, el Banco de la República tiene **la obligación** de expedir y entregar los CERT y el exportador **el derecho** a ellos, sin el cumplimiento de los requisitos previstos expresamente consagrados en el artículo 11?.

"A juicio de la Sala, no es posible tal interpretación, el reconocimiento que hace la norma de los CERT, está condicionada al cumplimiento de los requisitos que en ella misma se consagran, ya sea directamente en el caso de los exportadores, o a través de la remisión a las disposiciones generales, en el caso de los proveedores nacionales y por eso como bien lo anota el *a-quo*, su reconocimiento no es automático, sino que exige valoración por parte de la Administración.

"De acuerdo con todo lo anterior, concluye la Sala, que el plazo máximo de 6 meses previsto en el literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984, para presentar la solicitud de CERT es aplicable a los proveedores nacionales que participen en licitaciones internacionales abiertas en Colombia, contados desde el perfeccionamiento del respectivo contrato.

"Lo anterior en virtud de la remisión expresa que el artículo 8o. del Decreto 1518 de 1984 hace a las disposiciones generales, en **materias no reguladas** (como los requisitos) y en cuanto no le sean contrarias".

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuanta que el demandado presentó la solicitud para el reconocimiento del CERT el 22 de abril de 1987, esto fue después

de los seis (6) meses contados a partir del perfeccionamiento del contrato (16 de julio de 1986) término que precluyó el 16 de enero de 1986, encuentra la Sala acertada la decisión del *a-quo* en cuanto declara la nulidad del acto acusado y el consiguiente restablecimiento del derecho.

PAGO DE INTERESES Y AJUSTE AL VALOR PRESENTE

Dentro de las pretensiones el actor plantea como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos que otorgaron el CERT, que a título de restablecimiento del derecho se declare que el demandado está obligado a devolver al Banco de la República el valor pagado equivalente a $7.108.000 más la suma de ($395.76), más los intereses corrientes desde el 1o. de julio de 1987 hasta el día en que se efectúe la devolución, y la corrección monetaria correspondiente a dichas sumas en razón de la depreciación monetaria calculada con base en el índice de precios al consumidor para el mismo período.

Aunque el actor al formular la petición de reconocimiento de interés corriente y de la corrección monetaria no invoca norma alguna, es de suponer que el reconocimiento de intereses tuvo por fundamento el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo, norma de aplicación preferente sobre los artículos 177 y 178 ib. porque se refiere a los procesos relacionados con "impuestos tasas, contribuciones o multas que se exijan, o de créditos definitivamente liquidados a favor del Tesoro Público" y el caso aquí debatido se refiere a incentivos tributarios.

No obstante, no es posible acceder al reconocimiento de los intereses pedidos en razón al fallo expedido el 25 de julio de 1991 en el expediente 2273 por la Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible la parte de este artículo que ordenaba devolver las sumas depositadas con intereses comerciales corrientes.

Además, la petición simultánea de intereses desde la fecha del pago junto con la actualización por corrección monetaria constituye una aspiración a un doble restablecimiento del derecho.

Estima la Sala que a cambio de la norma especial antes citada que regulaba el aspecto indemnizatorio de los procesos de impuestos a que se refiere el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo resultan aplicables los artículos 177 y 178 del mismo código sobre cumplimiento de fallos en cuanto la sentencia imponga una condena consistente en reintegrar los dineros previamente recibidos por el demandado, mientras no se regule la materia por norma especial aclarando previamente que el reconocimiento al valor presente de la devolución que se ordena es inherente a la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, cuya finalidad está expresamente consagrada por la ley, cuando autoriza a la persona lesionada en un derecho amparado con una norma jurídica, para "pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho." Derecho que sólo se restablece en virtud de la nulidad judicial declarada restituyéndolo al mismo estado en que hallarían

las partes si no hubiera existido el acto nulo y que no se logra si la cantidad de dinero pagado y la que se ordena devolver no son equivalentes en términos adquisitivos, por lo que para aproximar la situación al estado en que se encontraban la Administración y el particular cuando se dictó el acto administrativo o se efectuó el pago por CERT, debe ser en principio del mismo valor económico.

Por esta razón se justifica que la devolución se ordene con ajuste en su valor por la corrección monetaria pedida por el demandante, pero atendiendo al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, según el cual cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor.

En esta forma la Sala ve sustituído el sistema especial que para la devolución de impuestos y multas con intereses comerciales contenía el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo en la parte que la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible.

Para los efectos de la orden de devolución es necesario acatar en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 2282 de 1989 y proceder de una vez en la sentencia y no en incidente posterior a la condena en concreto por la cantidad y valores que resulten de aplicar el índice de precios al consumidor certificado por el DANE cuya publicación mensual y anual oficial en boletines de amplia circulación los convierte en hechos notorios, conocimiento que no requiere prueba.

Con base en tales índices procede la Sala a hacer el cálculo de la suma entregada por el Banco de la República a título de CERT, teniendo en cuenta que según informe del DANE el índice inicial correspondiente al mes de julio de 1987 fue 71.50 (fecha en que pagaron los CERTS, y el índice final a la fecha de esta sentencia, enero de 1994 es de 324.84, correspondiente a 31 de Diciembre de 1993, así:

INDICES DANE	VALOR PAGADO	TOTAL A DEVOLVER
A Dic. 31/93 324.84		
	$ 7. 108.395.76	$ 32.294.982.92
A julio 30/87 71.50		

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.- CONFIRMANSE los numerales 1o. y 4o. de la sentencia apelada.

2.- REVOCANSE los numerales 2o. y 3o. de la sentencia del 10 de mayo de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 529.

3.- En su lugar, a título de restablecimiento del derecho, el señor LUIS ALFREDO CUBIDES CASTRO con c.c. No. 17.130.749 de Bogotá devolverá al Banco de la República la suma de TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON 22/100 ($32.294.982.22), importe corregido monetariamente del valor de los CERT reconocidos en las actas anuladas.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

AJUSTES POR INFLACION/ SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia.

Las contradicciones expuestas no surgen facilmente de una confrontación directa entre los artículos 333-1, 350, 348 y 348-1 del Estatuto Tributario y la norma reglamentada. Para establecerlas seguramente será necesario, al igual que lo hizo el demandante analizar el sentido y el resultado numérico de cada una de las normas invocadas con el sentido y consecuencias de la adición que el Decreto 2591 le introdujo al artículo 21 del Decreto 2075. En tales condiciones no se acepta que se den los supuestos que regulan la figura de la suspensión provisional en cuanto que exista una manifiesta infracción sino que ésta en caso de existir, sólo podrá establecerse mediante los análisis a que se hizo referencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5296. Actor: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero. Decreto Gobierno Nacional. Auto.

En ejercicio de la acción pública del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo el Dr. CARLOS ALFREDO RAMIREZ GUERRERO demanda la declaratoria de nulidad y la suspensión provisional de **un aparte del artículo 8o. del Decreto**

Reglamentario 2591 de 1993 (diciembre 23), por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

La demanda reúne los requisitos formales por lo cual será aceptada y con relación a la suspensión provisional solicitada se considera:

El aparte que se considera ilegal es el que adicionó al numeral 3o. del Acuerdo 21 del Decreto 2075 de 1992, numeral que con dicha adición que se subraya, es del siguiente tenor:

ARTICULO 21

"Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales. Por los años gravables de 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, los contribuyentes que hayan efectuado los ajustes en la forma prevista en este decreto, (.....

.....) tendrán derecho a una deducción teórica que se determinará así :

1. Se obtiene la diferencia entre los activos no monetarios señalados y el patrimonio líquido al inicio del ejercicio.

2. El resultado se multiplica por: (% decreciente para 1992 a 1996).

3. El resultado así obtenido constituye la deducción teórica del respectivo año gravable, la cual podrá solicitarse hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria fiscal, calculada antes de los ajustes a las cuentas de resultado a que se refiere el artículo 16 y 27 de este decreto, **para este efecto constituye ajuste al costo el efectuado de acuerdo con lo previsto en el artículo 333-1 del Estatuto Tributario"** (Subraya la Sala).

De las complejas explicaciones que consigna el actor, la Sala sintetiza el sentido de la demanda en que la ilegalidad atribuída al reglamento radica en que introdujo una disminución a la deducción teórica, no comtemplada en la ley.

Para llegar a esta conclusión el actor analiza el art. 333-1 del Estatuto Tributario para resaltar que el ajuste de las compras de las mercancías o inventarios, siempre generan una utilidad por cuanto dispone que como contrapartida a estos ajustes se deberá registrar un crédito a la cuenta de corrección monetaria.

Que se opone al artículo 350 E.T., que regula la utilidad o pérdida por exposición a la inflación constituídas por las partidas contabilizadas como crédito en la cuenta de corrección monetaria, menos los respectivos débitos en la misma y el reglamento acusado pretende excluir el ajuste por compra de mercancías para efectos de la deducción teórica.

Que se opone al artículo 348.1 E.T. que trata del ajuste de los ingresos, costos y gastos del período cuando el Decreto Reglamentario pretende incluir dentro del concepto de "los demás costos y gastos" el ajuste a las compras de mercancías.

Y el artículo 354 E.T., que alude al saldo de la cuenta de corrección monetaria como límite de la deducción teórica.

Las contradiciones expuestas por el actor no surgen fácilmente de una confrontación directa entre los artículos citados del Estatuto Tributario y la norma reglamentada. Para establecerlas seguramente será necesario, al igual que lo hizo el demandante analizar el sentido y el resultado numérico de cada una de las normas invocadas con el sentido y consecuencias de la adición que el Decreto 2591 le introdujo al artículo 21 del Decreto 2075.

En tales condiciones, la Sala no acepta que se den los supuestos que regulan la figura de la suspensión provisional en cuanto que exista una manifiesta infracción sino que ésta en caso de existir, sólo podrá establecerse mediante los análisis a que se hizo referencia anteriormente.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. ADMITESE la demanda de nulidad del artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993 (diciembre 23) en el aparte que dice:

"Adiciónase (...) el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, así:

Para este efecto constituye ajuste al costo el efectuado de acuerdo con lo previsto en el artículo 333-1 del Estatuto Tributario".

Demanda que fue entablada con base en el artículo 84 del C.C.A. por el ciudadano CARLOS ALFREDO RAMIREZ GUERRERO 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 Director de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN- o a su delegado para recibir notificaciones.

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d) Solicítese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público o a la DIAN el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición del Decreto Reglamentario 2591 de 1993 en especial en lo relacionado con el cálculo de la "deducción teórica" de que trata el artículo 8o. Término diez (10) días.

2o. No se accede a suspender la norma acusada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DESVALORIZACION NOMINAL/COMPARACION PATRIMONIAL/ APORTES-Distribución**/PERDIDAS-**Distribución

Las desvalorizaciones y valorizaciones nominales son susceptibles de constituir justificación del incremento o aumento patrimonial, con la única limitación de que éstas sean de carácter nominal o teórico. Siendo que el aumento del valor patrimonial de los aportes en la sociedad obedece exclusivamente a la menor desvalorización de las inversiones de la sociedad de la cual es socia, esta circunstancia resulta válida para justificar el incremento patrimonial establecido por las oficinas de impuestos, sin que tenga validez alguna los argumentos de los funcionarios oficiales en el sentido que conforme al art. 23 de la Ley 9a. de 1983, las pérdidas no son distribuíbles a los socios, toda vez que el hecho aducido no tiene relación con la distribución de participaciones, sino de aportes, que es diferente, por ello el artículo es inaplicable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4217. Actor: Solveing Marianne Johannesson de Terrien. Impuesto-Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la contribuyente SOLVEING MARIANNE JOHANNESSON DE TERRIEN, contra la

sentencia del 14 de febrero de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la contribuyente en cita, para impugnar la operación administrativa a través de la cual se le determinó el impuesto de renta correspondiente a la anualidad tributaria de 1985.

ANTECEDENTES:

La contribuyente-actora presentó declaración del impuesto de renta y complementarios por el período gravable de 1985, el día 16 de mayo de 1986, en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, fijando un impuesto a cargo en la suma de $ 203.606.

El día 23 de diciembre de 1986, la División de Auditoría Interna de la Administración de Impuestos de Bogotá, libró el Requerimiento Especial No. 1495, anunciando la modificación de la liquidación privada plasmada en la declaración anterior, al establecer una diferencia patrimonial en cuantía de $4.124.807, en virtud de lo cual propuso la determinación de la renta por el sistema de comparación de patrimonios de que tratan los artículos 74 del Decreto 2053/74 y el 91 del Decreto 187/75.

La contribuyente dio respuesta a este requerimiento explicando que la diferencia establecida obedecía a las desvalorizaciones que habían afectado las inversiones de la sociedad de la cual era socia; aportando certificación de contador público y anexo del formulario No. 8 de la declaración de la sociedad JOHANNESSON DE THERRIEN & CIA S. En C.

Estudiada la anterior respuesta por la División de Liquidación, ésta decidió practicar la liquidación de revisión No. 010946 del 15 de junio de 1987, determinando, la renta gravable por el sistema de comparación patrimonial anunciado en el requerimiento, en virtud del cual le determinó a la contribuyente el impuesto de renta a su cargo en la suma de $1.713.979, por cuanto de conformidad con el art. 23 de la Ley 9a. de 1983, las pérdidas fiscales no eran distribuíbles a los socios, o sea que la participación negativa no era distribuíble.

Contra esta liquidación de revisión, la contribuyente interpuso el recurso de reconsideración aduciendo en esta oportunidad nulidad del acto administrativo impugnado e improcedencia de la determinación de la renta por el sistema de comparación patrimonial.

Por medio de la resolución No. 000121-P de noviembre de 1988, la División de Recursos Tributarios de la mencionada administración se pronunció en forma desfavorable a lo pretendido por la recurrente, confirmando en todas sus partes el acto administrativo impugnado.

LA DEMANDA

En desacuerdo con el proceder plasmado en los actos administrativos antes descritos, la contribuyente actora concurrió en acción de nulidad y restablecimiento del

derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuyo libelo adujo violación de las siguientes normas: artículos 31, 32, 49 literal g), 57 numeral 4o. de la Ley 52 de 1977; y 23 de la Ley 9a. de 1983, por configurarse nulidad de la liquidación de revisión al omitir las razones en que se sustentan las modificaciones, y por improcedencia del sistema de comparación de patrimonios como sistema de determinación de la renta gravable, por cuanto explicó y demostró que el aumento patrimonial se originó en la desvalorización de aportes en sociedades.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de fecha 4 de febrero de 1992, desestimó las súplicas de la demanda, al considerar imprósperos los cargos expuestos contra la operación administrativa acusada.

En efecto, con relación al primer cargo, estimó el *a-quo* que no era cierto que la liquidación de revisión careciera de la explicación sumaria puesto que conforme a la transcripción del memorando explicativo de dicho acto administrativo, aquel "constituye con creces la explicación sumaria" que echa de menos el accionante.

Respecto al segundo cargo, dirigido a cuestionar la diferencia patrimonial establecida, el *a-quo* transcribió los argumentos expuestos por la oficina de Recursos Tributarios en la resolución que decidió el recurso, y con base en ellos observó que "la realidad procesal es la de que la contribuyente declaró en el año gravable de 1984 un aporte negativo" por valor de $5.821.380 en la sociedad JOHANNESSON DE THERRIN Y CIA. S en C. y por el año gravable de 1985 por el mismo concepto se declaró la suma de $193.898, de lo cual le resultó a dicho contribuyente un aumento patrimonial en el último año gravable de $4.124.807; que no fue desvirtuado tampoco ante la jurisdicción con las causales de justificación que consagran los artículos 54 (sic) del Decreto 2051 de 1974 y 91 del Decreto 187 de 1975.

LA APELACION

El apoderado de la actora concreta su inconformidad con la sentencia del Tribunal, manifestando que ella también desconoció el hecho aducido para justificar el incremento patrimonial establecido, como lo fue la valorización de aportes en sociedades.

Reitera que el aumento patrimonial que obtuvo su representada es efecto directo de una menor desvalorización en las inversiones hechas en la sociedad JOHANNESSON DE THERRIN Y CIA. S. en C.

Expresa, que el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, señala como causal justificativa del incremento patrimonial las valorizaciones y desvalorizaciones nominales, y que este es el caso de su representada puesto que se trata de un incremento neto en el valor nominal de la inversión en la mencionada sociedad, hecho que fue demostrado en forma idónea mediante la certificación de contador público, en la cual se establece que el incremento patrimonial se origina en la distribución de los aportes en esta sociedad de la cual es socia la contribuyente que representa.

En consecuencia, solicita a la Corporación acceder a las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En el escrito para alegar de conclusión el apoderado judicial de la contribuyente reitera en forma resumida lo dicho en el memorial del recurso de apelación.

PARTE DEMANDADA

La Dirección de Impuestos Nacionales, mediante abogado de la División de Representación Externa de la Subdirección Jurídica, se opone a las pretensiones de la apelante afirmando que la justificación que éste aduce para desvirtuar la diferencia patrimonial establecida, no es legal, porque a las sociedades no les está permitido repartir pérdidas a los socios, razón por la cual estima que el certificado de contador público debe desestimarse ya que éste no puede demostrar actos de tal naturaleza, en virtud de lo consagrado por el artículo 23 de la Ley 9a. de 1983.

EL MINISTERIO PUBLICO

El doctor Jaime Ossa Arbeláez Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante esta Corporación, conceptúa que se deben acoger las súplicas de la demanda previa revocatoria del fallo recurrido; porque el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 establece que previa a la comparación patrimonial deberá efectuarse los correspondientes ajustes en renta y por "...patrimonio, por valorizaciónes y desvalorizaciones nominales" por lo que considera que esta norma no establece límites en cuanto a los hechos que pueden ser alegados por los contribuyentes como causales justificativas de los incrementos patrimoniales.

Por tanto, observa que la afirmación que hace la Administración en el sentido que no puede alegar que "la desvalorización de inversiones efectuada por la sociedad JOHANNESSON DE THERRIEN & CIA S. en C." tuvo incidencia en la situación patrimonial de la demandante, es inadmisible.

Concluye, que la desvalorización de los aportes que le correspondían a la contribuyente en la sociedad citada explica y justifica el incremento patrimonial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El punto que debe dilucidar la Sala, es si la causal de "valorización de aportes en sociedades" aducida por la contribuyente de autos como justificación de la diferencia patrimonial establecida por los años gravables 1985 y 1984, desvirtúa plenamente esta circunstancia, que originó la determinación de la renta gravable por el sistema de comparación de patrimonios consagrado por el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 y 91 del Decreto 187 de 1975.

El artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, que contempla el sistema de renta por comparación patrimonial, textualmente prescribe:

"Cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta, resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del último período gravable y el patrimonio liquido del período inmediatamente anterior, dicha diferencia se considera renta gravable, **a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas.**"

"Previamente a esta comparación, deberán hacerse los siguientes ajustes:

"1.- En lo concerniente a la renta:

A...

B...

C...

"2.- En lo concerniente al patrimonio; **los correspondientes a valorizaciones y desvalorizaciones nominales.**"

Como se observa, las desvalorizaciones y valorizaciones nominales son susceptibles de constituir justificación del incremento o aumento patrimonial, con la única limitación de que estas sean de carácter nominal o teórico. Veamos, pues, si las valorizaciones de aportes en sociedades que aduce la accionante son válidas para justificar diferencia patrimonial.

Se persigue el reconocimiento de la valorización de aportes en la sociedad JOHANNESSON DE THERRIEN & CIA. S. en C. dado que su valor patrimonial (negativo) en el año gravable de 1984 fue de ($5.821.380) y en el año gravable de 1985 fue de ($193.898), también negativo, de donde surge una diferencia con el último año gravable de 1985 con respecto al anterior de $5.627.482; que no aceptó la administración al considerar que no era procedente distribuir pérdidas conforme al artículo 23 de la Ley 9a. de 1983, es decir, que no era distribuíble la participación negativa.

Para demostrar la valorización en comento, la contribuyente aportó al proceso gubernativo varios elementos probatorios como: certificación contable relacionada con las variaciones patrimoniales tanto de la sociedad como del socio y sobre conciliaciones patrimoniales y fotocopias autenticadas de algunos anexos de la declaración de la sociedad JOHANNESSON DE THERRIEN Y CIA S. en C. Dentro del término de fijación en lista además se aportó nueva certificación contable (fls. 99 a 102) sobre el patrimonio de la sociedad durante el año de 1985 y sobre la información del anexo 11 de la declaración de la misma sociedad.

Analizados por la Sala los elementos probatorios en mención, y las declaraciones de renta de la contribuyente actora por los años gravables comparados patrimonialmente, se observa que efectivamente la sociedad registra un aumento en el valor patrimonial de los aportes en la sociedad JOHANNESSON DE THERRIEN Y CIA.

S. en C., que asciende a la suma de $5.821.380, toda vez que en el año gravable de 1984, registró al renglón 1, el valor del aporte en la suma de ($5.821.380) y en el renglón 3 del formulario de la declaración del año gravable de 1985, el valor de ($193.898) ambos valores negativos, lo que registra una valorización o aumento positivo del valor patrimonial del aporte en la suma mencionada por el accionante.

Este aumento, surge sustancialmente de las valorizaciones de inversiones de la sociedad JOHANNESSON DE THERRIEN Y CIA S. en C. representadas en aportes y acciones en sociedades limitadas y anónimas, respectivamente, de la cual es socia la contribuyente de autos; puesto que aquella registró en los años gravables de 1984 y 1985, un déficit por desvalorizaciones de $5.881.894, como consecuencia de unas desvalorizaciones en el año gravable de 1984 de $7.041.043 y en el año gravable de 1985 de $1.160.149, cuya desvalorización aparece distribuída en el anexo 8, página 2, de la declaración de la sociedad (fl. 68 cdno. ppal.). Es claro para la Sala, que la sociedad en cita reportó en el año gravable de 1985, una menor desvalorización con respecto al año anterior, la cual lógicamente repercutió en su patrimonio neto y de ahí en el aporte de la contribuyente actora, el cual es del 90%.

Siendo ello así, que el aumento del valor patrimonial de los aportes en la mencionada sociedad obedece exclusivamente a la menor desvalorización de las inversiones de la sociedad de la cual es socia, esta circunstancia resulta válida para justificar el incremento patrimonial establecido por las oficinas de impuestos, sin que tenga validez alguna los argumentos de los funcionarios oficiales en el sentido de que conforme al artículo 23 de la Ley 9a. de 1983, las pérdidas no son distribuibles a los socios, toda vez que el hecho aducido no tiene relación con la distribución de participaciones, sino de aportes, que es diferente, por ello como lo ha venido reclamando la contribuyente a lo largo del proceso, el artículo en cita es inaplicable al *sub-lite*.

En este orden de ideas, y como quiera que la valorización aducida supera el valor establecido como diferencia patrimonial, esta queda plenamente desvirtuada, motivo por el cual, se impone acoger en su integridad las súplicas de la demanda tal y como lo solicita el representante del Ministerio Público.

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

FALLA:

1.- REVOCASE, la sentencia de fecha 14 de febrero de 1992, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2.- ANULASE, la operación administrativa acusada integrada por los siguientes actos administrativos: liquidación de revisión No. 010946 del 15 de junio de 1987 y la resolución No. A-000121-P del 28 de noviembre de 1988, por los cuales la Adminis-

tración de Impuestos de Bogotá, determinó el impuesto de renta y complementarios a cargo por el período gravable de 1985.

3.- CONFIRMASE, la liquidación privada de impuesto, presentada en la declaración de renta y complementarios por el período gravable de 1985, de fecha 16 de mayo de 1986, a cargo de la contribuyente SOLVEING MARIANNE JOHANNESSON DE TERRIEN, Nit. No. 50.111.754.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

CONTRATO DE VENTA/VENTA-Actos Similares/HECHO GENERADOR/ IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

Desde el punto de vista del impuesto a las ventas la tipificación del contrato de venta, se daría siempre y cuando ocurran "el evento descrito en el literal c) del artículo 421 del Estatuto Tributario, según el cual, se considera que hay venta, y por lo mismo causación del gravamen, en: "c) las incorporaciones de bienes corporales muebles a inmuebles o a servicios no gravados, cuando tales bienes hayan sido construídos, fabricados, elaborados o procesados por quien efectúa la incorporación" pues en este caso, éste responsable transfiere el dominio de un bien corporal mueble gravable por supuesto, sobre el valor total de la operación, según lo ordena el artículo 447 del Estatuto Tributario.

CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS/ACTIVIDAD DE CONSTRUCCION/SERVICIO GRAVADO/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

No se entiende cómo el artículo 3o. del Decreto 1372 de 1992 puede contrariar los artículos 201 y 202 del Estatuto Tributario, por el contrario ellas son armónicas con el ordenamiento legal contenido en la disposición acusada en cuanto contienen la "prestación de servicios" que es el hecho generador del impuesto a las ventas, y elemento esencial en dichos contratos autónomos, los cuales dada su naturaleza son susceptibles de aplicar en la industria de la construcción, para efectos de determinar el impuesto de renta en esta actividad. Por tanto, lejos de contrariar la disposición acusada confirma su legalidad puesto que la actividad constructora involucra la prestación de servicios que establece la ley como hecho generador del impuesto a las ventas.

CONTRATO DE CONSTRUCCION/BASE GRAVABLE/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

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. da 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, 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 este tipo de contratos, llámese honorarios o utilidades para el constructor, con lo cual la base gravable sigue circunscrita al ingreso percibido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4389. Actor: Mauricio Arango Restrepo. Autoridades Nacionales. Fallo.

El ciudadano MAURICIO ARANGO RESTREPO 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 3o. del Decreto 1372 del 20 de agosto de 1992 que dispuso:

"Artículo 3o. 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 correspondientes 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 cancelando por los costos y gastos necesarios para la construcción del bien inmueble."

2.- LA DEMANDA

La demanda pretende la nulidad del artículo antes descrito formulándole cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad, que se resumen así:

1.- Violación del artículo 420 y concordantes del Estatuto Tributario y la Ley 6a. de 1992.

Alega el actor que la Ley 6a. en parte alguna impone el gravamen a las ventas a los contratos de construcción de bienes inmuebles "menos aún cuando se trata de los contratos previstos en el artículo 2053 del Código Civil, en los cuales, "el artífice suministra la materia para la confección de una obra material", por la simple razón de que ahí no se trata de la prestación de un servicio, sino de la venta de un bien corporal inmueble." Por lo mismo, el contrato de bienes corporales inmuebles, que no es un servicio para el demandante, no está incluído en la lista de excepciones del artículo 25 de la Ley 6a. de 1992, y el artículo 420, literal a) del Estatuto Tributario, conforme al cual el impuesto sobre las ventas se aplicará a las ventas de bienes corporales muebles.

Además, el actor teniendo en cuenta el artículo 1o. del Decreto demandado, que define lo que es servicio para efectos del impuesto sobre las ventas y el artículo 1849 del Código Civil, considera que: "el contrato de construcción en el cual el artífice suministra la materia, es un contrato que tiene por objeto una obligación de dar y no de hacer que es lo que caracteriza el contrato de servicio por la misma definición del Decreto".

2.- Violación del artículo 338 de la Constitución Nacional.

En cuanto se "está imponiendo una contribución a la industria de la construcción, pues tal gravamen no aparece en parte alguna de la Ley 6a. como tampoco en las anteriores disposiciones sobre el tema contenidas en el Estatuto Tributario".

Entonces, la construcción de bienes inmuebles mediante contrato en el cual el artífice suministra la materia, está excluída del impuesto sobre las ventas por tratarse de una venta de bien inmueble.

Además, lo dispuesto en el artículo acusado constituye "una iniciativa del gobierno para la creación de un nuevo impuesto sobre las utilidades, lo que a todas luces es no solamente inconstitucional, sino reñido con elementales principios democráticos, vigentes hoy en la casi totalidad del mundo conocido".

3.- **Violación** del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional.

Considera que en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede el Presidente de **la República so pr**etexto de ejecutar la ley, incluir en los decretos reglamentarios **materias no contem**pladas en la ley que dice reglamentar, más aún, cuando en éstas no **se habla de los co**ntratos de construcción de bienes inmuebles como sujetos del **impuesto sobre las** ventas "y, como es apenas lógico, no se fijan los sujetos activos y **pasivos ni las base** (sic) gravables ni las tarifas".

4.- **Violación** del artículo 14 de Ley 4a. de 1964.

Establece esta disposición que "La industria de la construcción y los estudios de **ingeniería y arquit**ectura en todas sus ramas, son actividades útiles y necesarias..."

Por tanto, el reglamento que califica de prestación de servicios a la construcción **de bienes inmuebles**, "se aparta de la clasificación que la Ley 4a. de 1964 en su artículo **14 da a la construc**ción de las actividades económicas."

Sostiene el actor que, "en el lenguaje económico se utilizan los términos industria **y servicio para refe**rirse a dos actividades completamente diferentes. En efecto, quien **presta un servicio n**o está procediendo a la producción de una cosa tangible, objeto este **de la industria.** Es claro que la industria tiene que valerse de servicios de ingeniería, de **arquitectura, de ab**ogacía, etc., pero su objetivo final no es la prestación de un servicio, **sino como lo defin**e la Real Academia, el conjunto de operaciones materiales para la **obtención o transfo**rmación de uno o varios productos naturales. Es precisamente lo que **hace la industria d**e la construcción: la ejecución de una serie de operaciones para la **transformación de u**nas materias primas: hierro, cemento, arena, asfalto, materiales de **construcción etc.**, en una obra que puede ser un edificio, un puente, una carretera, un **puerto, un aeropue**rto, etc."

5.- **Violación** del artículo 202 del Estatuto Tributario.

Hace alusión a esta norma en el sentido de que en ella se da el calificativo de **industria de la con**strucción, para hacer la diferenciación entre esta actividad y la de **prestación de servi**cios. "Esta diferenciación se comprueba a primera vista, con la **simple consulta del** artículo anterior, el 201 que, conforme a su título, contiene normas **para la liquidación** de impuestos de renta en los contratos de **servicios** autónomos."

"**Dentro de la lóg**ica más elemental, se concluye que si la ley hubiese considerado **como contratos de** servicios los que celebra la industria de la construcción, no habría **sido necesario hac**er extensiva a éstos las normas dictadas para aquellos."

6.- **Violación** a los artículos 163 y 81 del Decreto Extraordinario 222 de 1983.

En cuanto, estos artículos definen claramente lo que es un contrato de obras **públicas y lo que** entiende por contrato de servicios, y que sin duda se trata de dos **contratos distintos**, "circunstancia ésta que inhibe a actos diferentes de la ley y de or-**den inferior, como** son los decretos reglamentarios, tener como servicio lo que la ley ha **denominado** contrato de obra."

7.- Violación de los artículos 2.053 y 2.063 del Código Civil.

Si la legislación civil tipifica los contratos de obra, en forma distinta de los contratos de servicios, "no es dable, pues, a los reglamentos dictados por el ejecutivo dar denominaciones diferentes a las previstas en la ley para los contratos", toda vez, que el artículo 2053 determina qué clase de contrato es aquel en el cual la materia es suministrada por la persona que encarga la obra, y el 2063 define y reglamenta los servicios inmateriales.

8.- Violación del artículo 150 numeral 1o. de la Constitución Nacional.

"Es manifiesto que el artículo 3o. del Decreto 1372 pretende interprertar por la vía de la reglamentación, el Estatuto Tributario y la Ley 6a. que lo modifica, en el sentido de decir que los contratos de construcción de bienes inmuebles son contratos de servicio y por consiguiente sujetos a IVA".

Para el demandante la interpretación de la ley no le corresponde a la rama ejecutiva del poder público, sólo es privativo del legislador, de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución Nacional, como tampoco le es dable al gobierno adicionar las leyes, porque equivaldría a hacer una reforma, facultad igualmente reservada al legislador.

9.- Violación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto la norma acusada es nula, por extralimitación de lo contenido en la ley que dice reglamentar, al disponer que "los contratos de construcción de bienes inmuebles como hecho generador de impuesto a las ventas IVA, sin que en ley alguna se mencione tal acto jurídico como hecho generador".

10.- Violación del artículo 317 de la Constitución Nacional.

El actor en escrito de adición de la demanda, consideró, que "El impuesto que trata de imponer el decreto reglamentario sobre la propiedad inmueble, es abiertamente inconstitucional, ya que el artículo 317 de la Constitución Política prescribe que "sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble", y el IVA es un impuesto nacional.

3.- SUSPENSION PROVISIONAL

El demandante solicitó ante esta Corporación la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, que fue negada mediante auto del 9 de octubre de 1992. Decisión que fue recurrida por el actor, y confirmada por auto del 22 de enero de 1992.

4.- LA PARTE DEMANDADA:

Concurrió a la defensa de la legalidad de la norma acusada la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para manifestar su oposición a la acción interpuesta, afirmando que:

a) No hay violación de los artículos 420, 437 y 476 del Estatuto Tributario modificados por la Ley 6a. de 1992, ni del artículo 447 *ibídem.*

Argumenta que "Los elementos sustanciales de la obligación tributaria en materia de impuestos sobre las ventas, están claramente definidos en la ley y concretamente respecto de los servicios", así: el artículo 420 del E.T., modificado por la Ley 6a. de 1992 artículo 25, dentro de los hechos generadores del impuesto sobre las ventas estableció, "b) **La prestación de servicios en el territorio Nacional";** el artículo 437 del mismo Estatuto, igualmente modificado por el artículo 25 de la Ley 6a., que señaló que los responsables del impuesto a las ventas fueran entre otros "c) Quienes presten servicios " y finalmente la norma del 447 que no fue modificada por la Ley 6a., y que señaló que la base gravable en la prestación de servicios sea el valor total de la operación.

Expresa que en el artículo 476 del E.T., se señalan taxativamente los servicios excluídos del gravamen, como el del numeral 7o. que excluyó "los servicios de arquitectura e ingeniería vinculados únicamente con la vivienda hasta dos mil trescientos (2.300) UPACS". En este punto, afirma categóricamente la apoderada que los servicios de arquitectura e ingeniería vinculados a la vivienda están sujetos al gravamen, excepto los mencionados en este numeral, siendo responsable quienes presten el servicio de arquitectura e ingeniería y la base gravable estará constituída por el valor total de la remuneración percibida.

Por lo mismo concluye, que existen diferentes modalidades de contratación, reglamentadas por el Decreto 222 de 1983, y el artículo 2053 y ss., del Código Civil, que les permite a las partes pactar distintas formas y condiciones de remuneración, sin perjuicio de las obligaciones fiscales y gravámenes tributarios.

Además, que la base gravable fijada por la norma acusada es concordante con el artículo primero del mismo decreto demandado, que definió lo que se considera por servicio para efectos tributarios así: "...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)".

Se opone a la afirmación del demandante en el sentido de considerar que "el contrato de bien inmueble se ha elevado en virtud de reglamento o a (sic) hecho generador del impuesto, porque en primer término eso no expresa la norma acusada de otra parte, porque un contrato se define jurídicamente como un documento, contentivo de derechos y obligaciones que pueden tener origen en diferentes hechos, esto es que a la ocurrencia de determinado hecho se abribuye una consecuencia no sólo enmarcada en los términos del contrato sino respecto de las obligaciones fiscales, que la ley define en virtud de un hecho específico contenido en el contrato como es en el caso concreto la prestación de un servicio por parte del constructor..."

b) Tampoco hay violación de los artículos 201 y 202 del Estatuto Tributario.

En cuanto éstas normas se refieren específicamente al impuesto de renta e implican el reconocimiento de una realidad económica, cual es el de referirse a la actividad constructora como una industria, que en manera alguna incide en la legalidad de la norma acusada.

Por el contrario, considera que estas normas respaldan la legalidad del artículo 3o. del Decreto 1372 de 1992, al referirse a la prestación de servicios "que es el hecho generador del impuesto sobre las ventas como elemento esencial de los contratos autónomos esto es que tal hecho es inherente a la contratación, sin perjuicio de su modalidad porque precisamente por autónomo se entiende la libertad de contratar libertad que no excluye la actividad constructora y que desde luego justifica los términos del artículo 202 del E.T., esto es que la forma especial de determinación de la renta señalada para contratos autónomos le es aplicable".

c) No se vulnera el artículo 2053 del Código Civil.

Para la apoderada, independientemente de la naturaleza jurídica atribuída por la legislación civil al contrato de construcción de bien inmueble o contrato de confección de obra, considerado como venta o arrendamiento, dice que la legislación tributaria no pretende desvirtuarla, ni modificarla, ni interpretarla, sino que sólo le interesa de la ejecución del servicio la "contraprestación económica para el artífice que el puede denominar honorarios o utilidad". Es decir, para la demandada se "trata de dos hechos generadores, uno la prestación del servicio y otro, la venta, el primero gravado con el IVA y el segundo excluído, hechos que convergen en un mismo acto jurídico pero que no pueden confundirse para efectos del gravamen". Y es por esta razón que la norma acusada prevé que en el respectivo contrato se señale la parte correspondiente de los honorarios o utilidades, "precisamente para precisar el alcance de la norma y facilitar su aplicación

5.- ALEGATOS DE CONCLUSION:

La Demanda

La apoderada de la Entidad demandada en su escrito de conclusión, prácticamente se está a las razones expuestas en la contestación de la demanda.

Agrega que las disposiciones del decreto 222 de 1983 y los artículos 2053 y 2063 del Código Civil, en manera alguna se dirigen a regular las relaciones entre las partes contratantes y el Fisco Nacional, sino a regular la contratación administrativa y privada. "De acuerdo a lo anterior las disposiciones que dicen violadas, no pueden aducirse como un obstáculo para la reglamentación de normas fiscales en virtud de las cuales se deduce sin esfuerzo alguno, que los servicios de los constructores vinculados a la vivienda de menos de 2.300 UPACS constituyen un hecho generador del impuesto a las ventas. " "Porque es clara la delimitación que existe entre las normas tributarias y las normas que regulan en forma específica otras materias."

"Así, la disposición acusada puede legítimamente referirse a una relación específica entre las varias que pueden aparecer en las convenciones de construcción para

capturar de ellas aquellos elementos que interesen a la legislación tributaria, cuando la naturaleza y contenido de los mismos corresponden a elementos que la ley define como constitutivos de una obligación tributaria: sin que ello implique desafiar, modificar o interpretar los elementos definidos por las disposiciones que regulan otras materias."

Finalmente, precisa la constitucionalidad de la disposición demandada al decir: "no puede entenderse cómo puede configurarsse (sic) la pretendida violación al citado mandato constitucional, cuando partiendo de los mismos elementos definidos en la ley esto es, la prestación de servicios como hecho, generador del IVA, los responsables del impuesto, o sea quienes prestan servicios gravados, la base gravable, esto es la totalidad del valor percibido a título de remuneración del servicio, y el carácter de gravados que a los servicios vinculados con la construcción, atribuye la ley por exclusión al contenido del artículo 476 del E.T., la norma acusada se limita a precisar dichos elementos partiendo de una modalidad específica de contratación, esto es la construcción del bien inmueble, que conforme a las disposiciones que la rigen contienen los mismos elementos que interesan a la legislación tributaria como son: un responsable que corresponde a las partes un hecho generador la prestación del servicio de construcción, y una base gravable, esto es la parte que corresponde en todo contrato al precio o valor de la remuneración, partiendo de un principio general que consagra el derecho civil, esto es que el contrato de confección de obra material excluye la gratuidad, como se deduce del contenido del artículo 2054 del C.C., hasta el punto de presumirse el precio a falta de fijación por las partes."

EL MINISTERIO PUBLICO

Representada por la Procuradora Delegada Sexto ante el Consejo de Estado, conceptúa no acceder a las súplicas de la demanda, por cuanto el contrato de construcción de bienes inmuebles, no escapa al impuesto sobre las ventas teniendo en cuenta que la Ley 6a. de 1992, extiende el tributo "a la prestación de los servicios en el territorio Nacional", salvo las taxativas exclusiones del artículo 25. Expresa, en cuanto a la afirmación del demandante en el sentido de señalar que el contrato de construcción de bienes inmuebles, se reputa venta, en los términos del artículo 2053 del C.C., es cierta, "siempre que a esto concurra el evento previsto en el numeral c) del artículo 421 del Estatuto Tributario, según el cual, se considera que hay venta y por lo mismo, causación del gravamen, en: "c) Las incorporaciones de bienes corporales muebles a inmuebles o a servicios no gravados cuando tales bienes hayan sido construídos, fabricados, elaborados o procesados por quien efectúa la incorporación", pues en este caso, éste responsable transfiere el dominio de un bién (sic) corporal mueble, gravable por supuesto, sobre el valor total de la operación, según lo ordena el artículo 447 del Estatuto Tributario."

En el caso contrario, dice, en donde tanto los bienes muebles y el trabajo se incorporan a la construcción, "no se han producido por el artífice de la obra, sino que son adquiridos en el comercio para adherirlos materialmente a otro bien, frente a esta variación en la modalidad del contrato, creemos que como en el caso en que el ejecutor de la obra, sin aportar a ella materiales, obtiene por su servicio la remuneración

respectiva, también en esta eventualidad, el impuesto a las ventas recae sólo sobre el valor del servicio pactado, tal como lo establece la norma acusada".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 3o. del Decreto 1372 del 20 de agosto de 1992, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 6a. de 1992, cuya nulidad se impetra en este proceso, ha sido objeto de debate en proceso anterior, expediente No. 4415, Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto, sentencia del 19 de noviembre de 1993, dentro del cual fue negada la nulidad pedida.

Como quiera que en el presente proceso la petición de nulidad se fundamenta en cargos diferentes, es procedente de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, examinar las nuevas causas de nulidad invocadas.

Así, pues, entra la Sala a decidir de fondo sobre la norma cuya nulidad nuevamente ha sido solicitada, por vulnerar disposiciones constitucionales y legales.

1o. Violación del artículo 420 del Estatuto Tributario y la Ley 6a. de 1992.

Como ya tuvo oportunidad de precisarlo la Sala, la Ley 6a. de 1992, introdujo algunas modificaciones sustanciales al impuesto sobre las ventas, especialmente en materia de prestación de servicios, al gravar de manera general todos los servicios prestados en el territorio nacional, salvo aquellos servicios expresamente exceptuados en la misma ley, invirtiendo de esta manera la regla que existía en esa materia consistente en gravar solamente los servicios taxativamente señalados por el legislador.

Es así, como entre las exclusiones al gravamen, señaló la mencionada ley en el numeral 7o. del artículo 25, "los servicios de arquitectura e ingeniería vinculados únicamente con la vivienda hasta de dos mil trescientos (2.300) UPACS. ". Lo que significa que los servicios de esta naturaleza vinculados con la vivienda que superen este límite están sometidos al gravamen, al cual como lo puntualiza la representante del Ministerio Público, no escapa el contrato de construcción de bienes inmuebles.

El artículo 1o. del Decreto 1372 define el servicio como:

"...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 genere una contraprestación en dinero o en especie, **independientemente de su denominación o forma de remuneración"** (subraya la Sala)

Resulta entonces desacertado afirmar que se ha eregido como hecho generador del impuesto a las ventas los contratos de construcción de bienes inmuebles, por estar

contenida la prestación del servicio del constructor en un acto jurídico determinado, lo cual como se ve es independiente, al igual que su forma de remuneración.

Ahora bien, es cierto que civilmente los contratos de confección de obra material, cuando el artífice suministra la materia prima, el contrato se reputa de venta, y naturalmente en el impuesto sobre las ventas, aquella no es objeto del gravamen, conforme a lo estatuído en el literal a) del artículo 420 del Estatuto Tributario, pero, como lo pone de manifiesto la colaboradora fiscal, desde el punto de vista del impuesto a las ventas la tipificación del contrato de venta, se daría siempre y cuando concurran "el evento descrito en el literal c) del artículo 421 del Estatuto Tributario, según el cual, se considera que hay venta, y por lo mismo causación del gravamen, en: "c) las incorporaciones de bienes corporales muebles a inmuebles o a servicios no gravados, cuando tales bienes hayan sido construidos, fabricados, elaborados o procesados por quien efectúa la incorporación", pues en este caso, éste responsable transfiere el dominio de un bien corporal mueble gravable por supuesto, sobre el valor total de la operación, según lo ordena el artículo 447 del Estatuto Tributario."

En la misma forma, comparte la Sala el criterio expuesto por la colaboradora fiscal, en el evento del contratista, que es el que describe el accionante en donde éste parte del hecho "de que los bienes muebles, que junto con el trabajo se incorporan físicamente a la construcción, no se han producido por el artífice de la obra, sino que son adquiridos en el comercio para adherirlos materialmlente a otro bien. Frente a esta variación en la modalidad del contrato, creemos que como en el caso en que el ejecutor de la obra, sin aportar a ella materiales, obtiene por su servicio la remuneración respectiva, también en esta eventualidad, el impuesto a las ventas recae sólo sobre el valor del servicio pactado..."

En consecuencia, a juicio de la Sala, no concurren las violaciones aducidas a las disposiciones mencionadas, tampoco de las normas del Código Civil que se mencionan, ni de las normas constitucionales que señala, pues es claro que la disposición acusada corresponde a la regulación general del impuesto a las ventas, y de manera especial, al hecho generador de la prestación de servicios que en ella se reglamenta, de acuerdo con el nuevo tratamiento que la Ley 6a. del 1992 da al impuesto a las ventas en la prestación de servicios.

2o. Violación de los artículos 201 y 202 del Estatuto Tributario:

Estas disposiciones versan sobre los contratos de servicios autónomos en el impuesto sobre la renta, y su posible aplicación en la industria de la construcción.

La Sala no entiende cómo la disposición acusada puede contrariar estas disposiciones. Por el contrario, encuentra que ellas son armónicas con el ordenamiento legal contenido en la disposición acusada en cuanto contienen la "prestación de servicios" que es el hecho generador del impuesto a las ventas, y elemento esencial en dichos contratos autónomos, los cuales dada su naturaleza son susceptibles de aplicar en la

industria de la construcción, para efectos de determinar el impuesto de renta en esta actividad.

Por tanto, lejos de contrariar la disposición acusada confirma su legalidad puesto que la actividad constructora involucra la prestación de servicios que establece la ley como hecho generador del impuesto a las ventas.

3o. Violación de los artículos 447 y 448 del Estatuto Tributario:

Respecto a ésta violación la Sala se pronunció en la sentencia antes citada, del 19 de noviembre de 1993, en la cual y en lo pertinente expresó:

> "...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. da 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 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 7o., 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 construído, conceptos sobre los cuales, obviamente, no recae el gravamen al no ser objeto del impuesto la venta del bien inmueble.
>
> En consecuencia, la base gravable establecida en el artículo 3o. 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".

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

FALLA:

Niégase la petición de nulidad incoada contra el artículo 3o. del Decreto 1372 de 1992, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA/LIQUIDACION DE REVISION

El procedimiento para la práctica de liquidación de corrección aritmética es distinto al que debe observarse para efectuar la liquidación de revisión, porque diferentes son también los objetivos que ambas persiguen. Mientras que la primera puede practicarse cuantas veces sea necesario dentro de los dos años siguientes a la fecha de presentación de la respectiva declaración, para corregir los errores cometidos en ésta, la segunda se efectúa por una sola vez, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial o a su ampliación según el caso, para modificar sustancialmente la liquidación privada. Con la liquidación de corrección, la Administración enmienda simples yerros originados en operaciones matemáticas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5034. Actor: José Ignacio Mogollón y Cía Ltda. Impuesto Renta. Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos administra-

tivos que determinaron el impuesto sobre la renta correspondiente al período gravable de 1988 a la sociedad José Ignacio Mogollón y Cía Ltda.

ANTECEDENTES

El contribuyente presentó oportunamente su denuncio rentístico, al cual la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó liquidación de corrección por error aritmético, que fue confirmada por la resolución 00216 de junio 5 de 1992.

DEMANDA.

Consideró el actor como violadas las siguientes normas:

Estatuto Tributario, artículos 697 No. 3, 698, 646 y 746.

Concepto de la violación.

Señaló, que para que pueda considerarse como existente el error aritmético, es necesario que de la operación aritmética equivocada, se deduzca un valor erróneo que a su vez repercuta en un menor valor a pagar por concepto de impuesto, anticipo o retenciones y en consecuencia altere la base gravable o el resultado final en detrimento para el fisco.

Reconoció el contribuyente que es evidente que la suma y resta de los renglones 17 a 24 no corresponde al valor consignado en el renglón 25, pero argumentó a su favor, que la cantidad registrada en el mencionado renglón 25 se halla debidamente respaldada por certificado de Contador Público y por la presunción de veracidad de que trata el artículo 746 del E.T.

De otra parte adujo, que para que la Administración pueda desconocer la realidad de los gastos declarados, ha debido controvertirlos mediante liquidación oficial de revisión y no de simple corrección de error aritmético.

Estimó, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 777 del Estatuto Tributario y 10 de la Ley 43 de 1990, los datos contenidos en el certificado del Contador Público, no admiten duda por cuanto le dan a dichos certificados el valor de prueba suficiente sobre los hechos allí contenidos.

Concluyó la demanda diciendo, que al no existir tal error aritmético, no procedía tampoco la sanción por este hecho.

CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La entidad demandada consideró que el contribuyente estuvo equivocado al expresar que a pesar de existir error, la Administración, no estaba facultada para corregirlo con la simple liquidación de corrección, por cuanto la notoriedad y evidencia del error son suficientes para desvirtuar la veracidad de los costos y deducciones.

Estimó también, que al no haber presentado el contribuyente la correspondiente corrección, de que tratan los artículo 588 y 589 del E.T., confirmó que los datos consagrados en la declaración, no eran correctos.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

En opinión del *a-quo,* no se presentó error aritmético por cuanto los costos y deducciones consignados en la declaración de renta, no son el producto equivocado de las operaciones aritméticas básicas, únicos que constituyen error aritmético, teniendo en cuenta que el total de costos y deducciones se encuentra debidamente comprobado mediante certificado de Contador Público.

APELACION.

En opinión del recurrente el fallo de primera instancia desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que no es suficiente el certificado del Contador Público, cuando éste es una escueta certificación de hechos sin la correspondiente explicación de cómo se efectuó, tal como ocurrió en este caso. En consecuencia, ninguna de las informaciones suministradas por el contribuyente en la demanda podía constituir prueba favorable al contribuyente.

Se mostró en desacuerdo con la Corporación por cuanto consideró, que en fallo se habló de "imprecisiones" que no encajaban dentro del concepto de error aritmético, sobre las cuales el contribuyente nunca hizo referencia, porque en su entender, éste siempre reconoció el error.

Para finalizar anotó, que al aceptar el Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia, los pagos por $535.000 se extralimitó, porque lo pagado por concepto de impuestos no era objeto de las pretensiones de la actora.

MINISTERIO PUBLICO.

El Dr. Jaime Ossa Arbeláez, solicitó que se confirme la sentencia apelada por compartir el criterio del Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Ha sido jurisprudencia reiterada de la Sala, que el procedimiento para la práctica de liquidación de corrección aritmética, es distinto al que debe observarse para efectuar la liquidación de revisión, porque diferentes son también los objetivos que ambas persiguen.

Mientras que la primera puede practicarse cuantas veces sea necesario dentro de los dos años siguientes a la fecha de presentación de la respectiva declaración, para corregir los errores cometidos en ésta, la segunda, se efectúa por una sola vez, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial o a su ampliación según el caso para modificar sustancialmente la liquidación privada.

Esto es, que con la liquidación de corrección, la Administración enmienda simples yerros originados en operaciones matemáticas, que al contrario de lo que ocurre con la liquidación de revisión, no altera el fondo de la liquidación privada, razón por la cual para su existencia, la ley no la condiciona al requerimiento especial que contenga todos los puntos que se propone modificar.

Para que proceda la liquidación de error aritmético, es entonces, punto de partida la declaración correcta de los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, circunstancia que debe presumirse cierta y frente a la cual, si existe alguna duda, corresponde a la Administración verificar la información del contribuyente.

En el caso que nos ocupa, la diferencia encontrada por la Administración en cuanto al total de los costos y deducciones, obedece a que el contribuyente omitió relacionar discriminadamente en los renglones 17 a 24 del formulario, las partidas en que aquellas se descomponen.

Evaluado el acervo probatorio, accede la Sala a aceptar la veracidad de los costos y deducciones consignados por el contribuyente en el renglón 25 de su denuncio rentístico. En consecuencia, se establece que el error en el diligenciamiento del formulario en ningún modo determinó un mayor saldo a favor, como tampoco un menor impuesto a pagar.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de junio de 1993, en juicio No. 9075.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SANEAMIENTO ADUANERO/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA- Facultades/**REGIMEN ADUANERO**

El Gobierno al expedir el Decreto 1708 de 1992, no está desconociendo la vigencia de la nueva Constitución ni arrogándose facultades que le corresponden al legislativo, sino que está cumpliendo lo ordenado por la Corte Constitucional, en la búsqueda de lograr los fines establecidos por la Ley 49 de 1990 para el saneamiento aduanero. Además en materias atinentes al régimen aduanero, el Gobierno y más concretamente el presidente de la República, posee facultades que derivan de la ley de aduanas en las cuales encuentra sustento legislativo la imposición de los requisitos especiales para este procedimiento de carácter aduanero. El Decreto 1708 es el resultado de la aplicación de lo ordenado por la Corte Constitucional con el propósito de cumplir con el fin perseguido por el legislador que no es otro que la declaración y pago de los derechos o impuestos respecto de mercancías que hubieren ingresado antes del 1o. de septiembre de 1990.

DECLARANTE/AMNISTIA ADUANERA/TRANSITO LEGISLATIVO/INFRACCION ADMINISTRATIVA/HECHO PUNIBLE-Inexistencia/**CONTRABANDO**

La amnistía aduanera que reglamenta el Decreto 1708 de 1992, es una amnistía otorgada en beneficio de las personas infractoras del antiguo estatuto penal aduanero; es una figura provisional en el tránsito de la legislación en el que se cambió una conducta calificada como hecho punible -contrabando- a una infracción meramente administrativa. El

Gobierno debía establecer el mecanismo para el logro de la finalidad de la ley de saneamiento sin desconocer la existencia de otro tipo de situaciones irregulares sometidas a la ley penal. Se limita pues a las mercancías respecto de las cuales no se haya iniciado régimen de importación alguno y se encuentren por lo tanto, desde el punto de vista aduanero, ilegalmente en el país por falta de pago de los impuestos aduaneros.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 4837. Actor: Robinson Ricardo Rada González. C/Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Acción de nulidad contra el Decreto 1708 del 2 de octubre de 1992. Fallo.

El ciudadano Robinson Ricardo Rada González actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicita que se declare:

- La inconstitucionalidad en su integridad del Decreto 1708 del 2 de octubre de 1992, proferido por el señor Presidente de la República y el Ministro de Hacienda, publicado en el 81 año oficial No. 40632 del 20 de octubre de 1992.

- Subsidiariamente solicita que se declare la inconstitucionalidad parcial del Decreto 1708 de 1992, en sus artículos 2, literales "a", numerales 1, 2, 3, "c" y "d" y parágrafo único del literal "e" del artículo 3o.

- Además solicita el actor que se decrete la suspensión provisional de los preceptos relacionados en la solicitud subsidiaria del acto acusado.

1o.- El Acto Acusado

El contenido de las normas acusadas del Decreto 1708 de 1992 es el siguiente:

"DECRETO NUMERO 1708 DE 1992"

"(Octubre 20) "

"Por el cual se habilita un término y se establecen requisitos dentro del procedimiento de saneamiento aduanero para vehículos."

"Artículo 1o. Habilítase por veintinueve (29) días calendario, contados a partir de la vigencia del presente Decreto, el término para presentar la Declaración de Saneamiento de que trata el Decreto Ley 1751 de 1991, para los vehículos que hayan ingresado al país con anterioridad al 1o. de septiembre de 1990, y que se encuentren en incumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen aduanero."

"Artículo 2o. Los requisitos para poder solicitar el beneficio de saneamiento aduanero dentro del término previsto en el artículo anterior, serán los siguientes:

"a) La Declaración de Saneamiento deberá ser presentada por la persona que acredite la calidad de propietario del vehículo a 31 de octubre de 1991, con los siguientes documentos anexos:"

"1. Plena prueba sobre el ingreso del vehículo al territorio nacional antes del 1o. de septiembre de 1990;"

"2. Certificado de origen del vehículo;"

"3. Certificado expedido por las autoridades competentes del lugar de procedencia del vehículo donde conste que éste no es objeto de investigación por delitos tales como hurto, robo, hurto calificado o secuestro."

"4. La Declaración de Saneamiento se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento."

"b) Al practicarse el avalúo de que trata el artículo 5o. del Decreto Ley 1751 de 1991, se verificará el grabado original de las improntas del vehículo;"

"c) La Dirección General de Aduanas, expedirá, en los términos del artículo 6o. del Decreto Ley 1751 de 1991, listas oficiales de precios comerciales mínimos para los vehículos objeto de saneamiento;"

"d) Previa la expedición de la Liquidación Oficial de Saneamiento se practicarán las medidas pertinentes y necesarias para determinar la veracidad de la información suministrada por el solicitante del saneamiento, y en especial, para establecer la fecha de ingreso del vehículo al país y la legitimidad de su posesión;"

"e) Corresponderá a la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público vigilar el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto y en el Decreto Ley 1751 de 1991, mediante cruces de información y programas especiales de fiscalización. Para tal efecto, esta Dirección podrá intercambiar información con otras aduanas y entidades de los países vecinos."

"Parágrafo. Las solicitudes de saneamiento de vehículos que hubieran sido presentadas entre el 2 y el 31 de octubre de 1991, deberán ser presentadas nuevamente por los solicitantes con el lleno de los requisitos contemplados en este artículo."

"Artículo 3o. La tarifa *ad-valorem* que corresponderá aplicar para el saneamiento de vehículos será del 75%."

"Artículo 4o. Las Declaraciones de Saneamiento Aduanero de Vehículos se presentarán en los formularios oficiales que para tal efecto señale la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público."

"Artículo 5o. En los demás aspectos no contemplados en este decreto se aplicarán en su totalidad las disposiciones consagradas en el Decreto-Ley 1751 de 1991."

"Artículo 6o. El presente decreto rige desde la fecha de su publicación."

2o.- La Demanda

- Manifiesta el actor, en favor de su pretensión que el Decreto 1708 de 1992 es manifiestamente contrario a las siguientes normas constitucionales: Artículos 1o.; 2o.; 3o.; 4o.; 5o.; 9o.; 12; 13; 14; 15; 16; 21; 25; 28; 29; 34; 42 inciso 2o.; 44; 53 inciso final; 58 inciso 1o. y 7o.; 83; 84; 85; 87; 91; 93 inciso 2o.; 95 inciso 1o. y 2o. numerales 1, 3, 4, 5, y 7; 113; 114; 121; 122 inciso 2o.; 123 inciso 2o.; 150 numeral 1 y 2, 10, 19C; 188; 189; 2, 4, 6, 10, 11, 20, 25; 201; 209; 218; 224; 226; 227; 228; 229; 230; 241-5; 243; 336; 338; 363; 380.

El actor menciona también como violadas por el decreto citado la Ley 49 de 1990, artículos 61 numerales del 1 al 7, y los Decretos-Leyes 1750, 1751 y 1909 artículos 2; 57 y 82 y los artículos 670, 673, 775, 777, 2518 y 2529 del Código Civil y en el decurso de su demanda desarrolla la violación de las normas constitucionales y al hacerlo indica también lo que estima son violaciones de las normas de tipo legal.

3o.- Actuación Procesal

Solicita la suspensión provisional de los artículos 2, literales "a", numerales 1, 2, 3; "c" y "d" y parágrafo único del literal "e"y el artículo 3o., la Sala en decisión que obra a folios 435 y siguientes, resolvió admitir la demanda de nulidad y adicionalmente dispuso "denegar la solicitud de suspensión provisional incoada."

Interpuesto por el actor, recurso de reposición contra el auto que denegó la medida provisional, éste fue mantenido en auto de 6 de agosto de 1993 y que obra a folios 449 a 453.

4o.- Oposición de la Entidad Demandada

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público sustenta la defensa del acto demandado, con los siguientes argumentos:

- El Presidente de la República expidió el Acto 1708 de 1992 en cumplimiento de la sentencia C-511 del 3 de septiembre de 1992 de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del Decreto 2250 de 1991 y le ordenó habilitar un término de 29 días calendario equivalente al mismo que los tenedores dejaron de gozar a raíz de la expedición de este decreto, e impuso el deber de establecer requisitos, procedimientos y demás cautelas necesarias para evitar que personas diferentes a las que originalmente amparados con la norma de saneamiento se favorezcan con la misma; por consiguiente, la motivación del Decreto 1708 de 1992, no es otra que la sentencia C-511 del 3 de septiembre de 1992, ya que éste se expidió para dar cumplimiento a la misma.

- El Decreto 1708 da cuplimiento a la sentencia al disponer la habilitación del término de 29 días calendario; término que comenzó a correr el 20 de octubre de 1992, en las oficinas creadas para tal fin.

- En atención a los antecedentes registrados sobre el ilícito de vehículos y compra venta de los mismos en las fronteras, esta etapa fue más estricta en cuanto a los requisitos exigidos por los saneamientos de automotores incluyéndose entre ellos el de los certificados expedidos por las autoridades competentes del lugar de procedencia de los vehículos, donde constará que el vehículo no había sido objeto de investigación de delitos; documento que debía cumplir con los requisitos del artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, para ser tenido como prueba.

-Para el caso de los vehículos ecuatorianos y venezolanos era confirmar la autenticidad de la información contenida en los dos documentos, para lo cual se estableció un mecanismo de cruce de información directo y una vez obtenida tal información se decide si se expide o se rechaza la Declaración de Saneamiento.

En cuanto a los requisitos establecidos por este decreto afirma:

- El certificado de origen del vehículo, se suplió por dos declaraciones extrajuicio ante el juez o notario en donde constará la legal procedencia del vehículo, posterior se expidió por oficinas situadas en las fronteras.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Tanto la parte demandante como la parte demandada concurren a esta etapa del proceso para reafirmar sus posiciones de ataque y defensa del decreto cuestionado, fundamentalmente sosteniendo argumentos similares a los esgrimidos en los memoriales de demanda y de contestación de la misma.

MINISTERIO PUBLICO

El representante del Ministerio Público no descorrió el traslado para emitir concepto sobre la acción interpuesta ante esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Presiente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 7 del artículo 61 de la Ley 49 de 1990, expidió:

a) El Decreto-Ley 1751 del 4 de julio de 1991, por el cual se establecieron mecanismos llamados de saneamiento aduanero, para quienes declararon mercancías que hubiesen ingresado al país con anterioridad al 1 de septiembre de 1990 y se encuentran en situación de incumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen aduanero;

b) El Decreto-Ley 2183 de septiembre 19 de 1991, por el cual se modificó el artículo 4, del Decreto 1751 de 1991 reduciendo la tarifa *ad-valorem* para algunas mercancías. Este decreto fue declarado inconstitucional en sentencia C-510 de septiembre 3 de 1992;

c) El Decreto 2250 de 1991, que modificó el artículo 1 del Decreto-Ley 1751 de 1991, reduciendo el plazo para presentar la declaración de saneamiento en el caso de vehículos del 31 de octubre al 2 del mismo mes de 1991. Fue declarado inconstitucional por la sentencia No. C-511 de la Corte Constitucional que dispone: "Ordénase al Gobierno habilitar un término de veintinueve días (29) calendario, equivalente al mismo que los tenedores de vehículos dejaron de gozar a raíz de la expedición del Decreto-Ley 2250 de 1991 para los efectos de lo previsto en los artículos 1 y siguientes del Decreto-Ley 1751 de 1991. El Gobierno deberá establecer los requisitos, procedimientos y demás cautelas necesarias para evitar que personas diferentes a las originalmente amparadas por la norma de saneamiento, se beneficien con la misma."

Se dictó por el Gobierno, en cumplimiento de la referida sentencia, el Decreto 1708 de 1992, por medio del cual se habilita un término y se establecen requisitos dentro del procedimiento de saneamiento aduanero para vehículos.

Se plantea en la demanda que ocupa la atención de la Sala, la nulidad integral del Decreto 1708 de 1992 y subsidiariamente la inconstitucionalidad parcial de este decreto, en sus artículos 2. literales "a", numerales 1, 2, 3; "c" y "d" y parágrafo único del literal "e" y del artículo 3o.

Para el estudio de las violaciones formuladas por el actor se tendrán en cuenta las presentadas en el libelo inicial, las cuales se concretan a los siguientes cargos:

1o.- El Gobierno al expedir el Decreto 1708 de 1992 se arrogó una competencia que le corresponde al legislativo, al ejercer funciones que de acuerdo a la Constitución Política le pertenecen al Congreso; modificando el artículo 61-7 de la Ley 49 de 1990 y el Decreto 1751 de 1991.

Argumenta además el actor que el Presidente al expedir el decreto acusado está desconociendo la vigencia de un nuevo ordenamiento jurídico a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entra en vigencia la nueva Constitución.

A este respecto, la Sala considera que el actor olvidó que el Decreto 1708 de 1992 es precisamente el desarrollo de lo impuesto por la Corte Constitucional que en la parte resolutiva de la sentencia C-511 numeral 2o. dice:

> "Ordénese al Gobierno habilitar un término de veintinueve (29) días calendario equivalente al mismo que los tenedores de vehículos dejaron de gozar a raíz de la expedición del Decreto 2250 de 1991, para los efectos de lo previsto en los artículos 1o. y siguiente del Decreto-Ley 1751 de 1991. El Gobierno deberá establecer los requisitos, procedimientos y demás cautelas necesarias para

evitar que personas diferentes a las originalmente amparadas por la norma de saneamiento, se favorezcan con la misma."

Por consiguiente, éste es un decreto especial que corresponde a la aplicación de lo ordenado, a juicio de la Sala, de manera extraña e inusual por la Corporación encargada del control constitucional, circunstancia especial que debe tenerse en cuenta para el estudio de la norma mencionada.

Así las cosas, el Gobierno en cumplimiento de este mandato no sólo debía habilitar el término sino establecer los requisitos de saneamiento aduanero para vehículos, procediendo a acatar lo ordenado por la sentencia mediante la disposición acusada.

Por lo tanto, el Gobierno al expedir el Decreto 1708 de 1992, no está desconociendo la vigencia de la nueva Constitución ni arrogándose facultades que le corresponden al Legislativo, sino que está cumpliendo lo ordenado por la Corte Constitucional, en la búsqueda de lograr los fines establecidos por la Ley 49 de 1990 para el saneamiento aduanero. Para la Sala es claro que además, en estas materias atinentes al régimen aduanero, el Gobierno, y más concretamente el Presidente de la República, posee facultades que derivan de la ley marco de aduanas (Ley 6a. de 1971) en las cuales encuentra sustento legislativo la imposición de los requisitos especiales para este procedimiento de carácter aduanero.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

2o.- Manifiesta el actor que el Gobierno desconoce y desacata la sentencia de la Corte Constitucional; no colabora armónicamente con la Rama Judicial para la realización y el ejercicio armónico del Poder Público.

Para la Sala es muy claro que, el Decreto 1708 de 1992, como lo manifestó anteriormente es precisamente el resultado de la aplicación de lo ordenado por dicha Corporación con el propósito de cumplir con el fin perseguido por el Legislador que no es otro que la declaración y pago de los derechos e impuestos respecto de mercancías que hubieran ingresado al país con anterioridad al 1o. de septiembre de 1990, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen aduanero.

Considera que sí existió colaboración con la Rama Judicial para la realización y el ejercicio armónico del Poder Público; no existiendo por lo tanto violación de las normas constitucionales invocadas por el actor en este sentido.

3o. Estima el actor que el Decreto 1708 de 1992, viola la Constitución Política al imponer requisitos que no permiten la declaración y pago de los impuestos y derechos de los tenedores de vehículos de contrabando, en contravía de la Ley 49 de 1990, artículo 61-7 y el artículo 1o. del Decreto 1751 de 1991. Exige la presentación de documentos probatorios sacramentales que desconocen que a través de un debido proceso administrativo se pueden probar derechos con pruebas supletorias de igual valor.

Es pertinente aclarar que la amnistía que reglamenta el Decreto 1708 de 1992, es una amnistía otorgada en beneficio de las personas infractoras del antiguo Estatuto Penal Aduanero; es una figura provisional en el tránsito de la legislación en el que se

cambió una conducta calificada como hecho punible -contrabando- a una infracción meramente administrativa.

La misma Corte Constitucional en su sentencia C-511 le impone al Gobierno el deber de "establecer los requisitos, procedimientos y demás cautelas necesarias para evitar que personas diferentes a las originalmente amparadas por la norma de saneamiento, se favorezcan con la misma" lo que permite concluir que el Gobierno debía establecer el mecanismo para el logro de la finalidad de la ley de saneamiento sin desconocer la existencia de otro tipo de situaciones irregulares sometidas a la ley penal. El Decreto 1571 de 1991 establece este beneficio para las personas que hayan introducido mercancías que infrinjan el régimen aduanero y no la ley penal común (robo, hurto calificado, secuestro, etc.). Se limita, pues, a las mercancías respecto de las cuales no se haya iniciado régimen de importación alguno y se encuentren, por lo tanto, desde el punto de vista aduanero, ilegalmente en el país por falta del pago de los impuestos aduaneros. Al respecto dice la Ley 49 de 1990 en su artículo 61-7 con relación a las facultades otorgadas al Presidente de la República, que ellas lo fueron para, "Establecer mecanismos que permitan la declaración y pago de los impuestos respecto de las mercancías que hubieren ingresado al país con anterioridad al 1o. de septiembre de 1990, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen aduanero". Y el artículo 1o. del Decreto 1751 de 1991 dispone que el saneamiento se aplicará a las mercancías "...que se encuentren en situación de incumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen aduanero...".

Como se observa, la norma delimita este beneficio a las mercancías que infringieron el Régimen Penal Aduanero; no lo hace extensivo a todo tipo de infracciones.

Además, la Administración antes de decidir sobre una solicitud de saneamiento aduanero, debe comprobar las informaciones dadas por el declarante, verificar que cumpla con los requisitos establecidos para tal fin y que no exista investigación de tipo penal sobre las mercancías objeto de tal beneficio.

En relación con los documentos probatorios exigidos para comprobar la calidad de beneficiario de la amnistía, observa la Sala, que no le asiste razón al actor al afirmar que la Administración exige la presentación de documentos probatorios sacramentales que desconocen que a través de un debido proceso administrativo se pueden probar derechos con pruebas supletorias de igual valor, pues, la Administración ha buscado la forma de facilitar su consecución al establecer oficinas en las fronteras para tal fin y ha permitido como en el caso del certificado de origen del vehículo, suplirlo por dos declaraciones extrajuicio ante juez o notario; circunstancia que niega las afirmaciones del actor.

4o.- El Decreto 1708 de 1992 viola la Constitución Política al cambiar el sujeto beneficiario de la sentencia (que lo eran los tenedores de vehículos de contrabando), por el configurado por los propietarios, lo que representa un acto de mala fe.

Observa la Sala, en relación con este cargo que tanto en la Ley 49 de 1990 como en los decretos que la desarrollaron (Decretos 1751 de 1991; Decreto 2183 de 1991; y 2250 de 1991) no mencionan la calidad de "tenedores" referida a los beneficiarios de la amnistía, como sí lo hace la sentencia C-511 de la Corte Constitucional. Las normas legales siempre utilizaron la expresión "declarantes".

Para la Sala el alcance de la expresión "declarantes" sólo puede imputarse a quien tenga la calidad del dueño del bien que se pretende sanear pues sólo éste puede hacerse acreedor a tal beneficio. Mal podría la Administración permitir el saneamieto de vehículos sin verificar su propiedad, situación que podría ocasionar daños a terceros de buena fe tanto nacionales como extranjeros, y el desconocimiento de situaciones de tipo penal que se presentan sobre los vehículos objeto de tal beneficio. Como se dijo anteriormente la norma que consagra la amnistía es de aplicación restrictiva, puesto que ella está limitada a las mercancías que infringieron el Régimen Aduanero.

5o.- También manifiesta el actor que el Decreto 1708 de 1992 viola la Constitución al pretender aplicar acuerdos binacionales sin ser sometidos a la aprobación del Congreso, violando de esta manera la soberanía nacional.

A este respecto considera la Sala que como el Decreto 1708 de 1992 reglamenta una materia especial como es la del procedimiento de saneamiento aduanero de vehículos, necesariamente toca el ámbito del derecho internacional.

No puede por lo tanto desconocer principios de derecho internacional como son el del respeto mutuo y el del estado de derecho, ni desconocer los antecedentes de orden nacional o internacional como son los ilícitos cometidos con los automotores en las fronteras colombianas que afectan el orden público y defraudan la ley. Además de que el Presidente tenía facultades expresas para establecer los requisitos, procedimientos y demás cautelas necesarias para evitar que personas diferentes a las originalmente amparadas con la norma de saneamiento se favorecieran con la misma situación, no sólo por la sentencia de la Corte que así lo dispuso, sino como ya se dijo, en virtud de su facultad reguladora en materia de aduanas, derivada de lo señalado por la Ley 6a. de 1971. El Presidente podía pues, en concordancia con los otros gobiernos establecer los mecanismos para controlar el saneamiento aduanero sin que por ello se considere que se esté violando la soberanía nacional ni desconociendo la competencia de las autoridades nacionales.

6o.- Por lo último manifiesta que el Gobierno al disponer en el artículo 3o. del Decreto 1708 de 1992 que la tarifa *ad-valorem* que se aplica para el saneamiento de vehículos es la del 75%, está aplicando una norma transitoria con retroactividad .

A este respecto considera la Sala que no se asiste ninguna razón al actor por cuanto la tarifa del 75%, para vehículos no la estableció el decreto acusado sino que ya estaba establecida en el Decreto Ley 1751 de 1990 y lo que hizo el Gobierno no fue cosa distinta que repetir lo dicho por el legislador extraordinario.

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

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:

Niéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, ARCHIVESE EL EXPEDIENTE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

AJUSTES POR INFLACION/ SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

Sobre la exigencia de la sustentación expresa de la suspensión provisional solicitada, es claro que el análisis que corresponde hacer al juzgador para resolver si suspende o no los efectos el acto impugnado, ha de limitarse a los planteamientos que sustentan la solicitud de suspensión provisional y no podrá referirse a los demás argumentos de fondo planteados por el actor para fundamentar la solicitud de nulidad del acto administrativo. Además en este caso de la comparación simple de los textos no surgen las diferencias que a simple vista puedan considerarse transgresoras y que justifiquen la suspensión, porque en ambas se observan remisiones a otras normas o conceptos legales que necesariamente habrán de tenerse en cuenta como el concepto de "gasto deducible" y el contenido del artículo 8o. del Decreto acusado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5312. Actor: Antonio Gutiérrez Jiménez y Alberto Múnera Cabas. Decreto Gobierno Nacional. Auto.

En ejercicio de la acción pública del artículo 84 del C.C.A., los ciudadanos ANTONIO GUTIERREZ JIMENEZ Y ALBERTO MUNERA CABAS demandan la nulidad de algunas partes de los artículos 5o. y 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993 (diciembre 23) dictado por el Gobierno Nacional.

Acompañaron el ejemplar del Diario Oficial 41151 en donde fue publicado y por lo demás la demanda reúne los requisitos formales de ley, por lo cual será admitida para su trámite.

Tras presentar con el sistema de doble columna la comparación de las normas transgredidas y la transgresora y de exponer el concepto de la violación solicitan la SUSPENSION PROVISIONAL (art. 152. C.C.A.) en los siguientes términos:

> "Habida cuenta de que es manifiesta la infracción o violación de las normas de carácter superior invocadas como transgredidas en esta demanda, tal como se establece, mediante la comparación de las normas del Estatuto Tributario y las reglamentarias"

No ha sido de recibo en esta Sala la remisión integral al concepto de violación expuesto por lo general ni extenso, en el cuerpo central de la demanda, para sustentar la solicitud de suspensión provisional, por cuanto el numeral 1o. del artículo 152 indica que la medida se solicite "y sustente de modo expreso en la demanda" lo que se ha entendido como una sustentación acorde con su esencia que es la "manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas". (No. 2 *Ibídem.*). Dijo la Sección:

> "De acuerdo con lo anterior y en especial con la exigencia de **sustentación expresa** de la suspensión provisional solicitada, es claro que el análisis, que corresponde hacer al juzgador para resolver si suspende o no los efectos el acto impugnado, ha de limitarse a los planteamientos que sustentan la solicitud de suspensión provisional y no podrá referirse a los demás argumentos de fondo planteados por el actor para fundamentar la solicitud de nulidad del acto administrativo. De lo contrario, si para resolver sobre una solicitud de suspensión provisional, pudiera el juez correspondiente analizar todos los planteamientos hechos en el libelo demandatorio, no tendría sentido, ni efecto alguno el requisito exigido en el citado artículo 152 del decreto 01 de 1984 de que la solicitud de suspensión provisional debe ser sustentada expresamente.....(Auto del 12 de octubre de 1988, exp. 2191. mag. Ponente: Sra. Consuelo Sarria Olcos).

Además, de la comparación simple de los textos no surgen las diferencias que a simple vista puedan considerarse transgresoras y que justifiquen la suspensión, porque en ambas se observan remisiones a otras normas o conceptos legales que necesariamente habrán de tenerse en cuenta, a saber: el artículo 5o. que se refiere al concepto de "gasto deducible" que no es exclusivo del artículo 333-2 y el artículo 8o. porque el mismo se remite al 333-1 del E.T. que no está citado, ni analizado.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE:

1o. ADMITESE la demanda de nulidad parcial de los artículos 5o. y 8o. del Decreto Reglamentario No. 2591 de 1993 (diciembre 23) dictado por el Gobierno

Nacional, entablada con base en el artículo 84 del C.C.A., por los ciudadanos ANTONIO GUTIERREZ JIMENEZ Y ALBERTO MUNERA CABAS a quienes 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 demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d. Solicítese al Ministerio de Hacienda el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición de Decreto Reglamentario 2591 en especial con los temas tratados en los artículos 5o. y 8o. término cinco (5) días.

2o. No se accede a suspender las normas acusadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO-Corrección/**REQUERIMIENTO ESPECIAL**-Corrección/**REQUERIMIENTO ESPECIAL**-Ampliación

En forma genérica sin distinguir la clase de actos, las oficinas de Impuestos pueden enmendar entre otros, los errores de transcripción en general en los actos administrativos que produce y esto fue lo que la Administración hizo al ilustrar la forma como la contribuyente determinó la renta presuntiva declarada. Además la aclaración al requerimiento no implica que la fecha en que se produce sirva para alegar que el requerimiento especial se notificó fuera del término legal prescrito en el artículo 714 del E.T., porque el acto de requerimiento es el primero, no su aclaración. No puede confundirse el acto de corrección que permite el art. 866 del E.T., que se incorpora al acto corregido, con la ampliación al requerimiento especial que autoriza el artículo 708 que éste si es un nuevo acto que modifica los términos que dependen del requerimiento.

AGENCIA COMERCIAL/RENTA PRESUNTIVA-Reducción

Del contrato cuestionado se deduce que no se trata de agencia comercial, puesto que la demandante actúa en forma independiente de la fábrica a quien compra los vehículos para venderlos al público a los precios que indique aquella, o sea, que su renta no está dada por un margen de utilidad sino por la diferencia entre el precio de venta y sus respectivos costos. Por eso para determinar la posible renta presuntiva no podía hacerlo sobre los autodenominados márgenes de utilidad sino a base de los ingresos netos y en caso de incluir venta de productos

sometidos a control oficial de precios, era procedente la autorización del Ministro de Hacienda y con relación a los demás, seguir el procedimiento que desarrolla el artículo 180 del E.T., que también fue incluído en la motivación de la liquidación oficial.

SANCION POR INEXACTITUD-Improcedencia/RENTA PRESUNTIVA-Aplicación

Se ha adoptado el criterio de exonerar de la sanción a los contribuyentes que han pretendido reducción de su renta presuntiva en los casos del artículo 50 de la Ley 55 de 1985, en consideración a que la ley no reguló el respectivo procedimiento, ni reglamento alguno aclaró la forma y oportunidad de su aplicación, lo que ha originado múltiples enfrentamientos entre la Administración y los contribuyentes; pero en el caso que se estudia no sería aplicable esta jurisprudencia, porque la misma sociedad ha insistido en que no se trata de la aplicación del mencionado artículo 50 y le ha negado inclusive efectos a la carta que le dirigió el Ministro de Hacienda en la cual, en realidad, no fue explícita en solicitarle la reducción de su renta presuntiva por el control oficial de precios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Espediente No. 4936. Actor: Supercar Ltda. Impuesto Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial tanto de la Dirección General de Impuestos Nacionales, como de la sociedad SUPERCAR Ltda., contra la sentencia del 30 de abril 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 a cargo de la contribuyente, por el período gravable 1987.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con base en los resultados obtenidos en la diligencia de verificación de la declaración de renta, decretada por Auto Comisorio 068-0246 del 4 de junio de 1990, la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, produjo el requerimiento especial 34-0051 del 15 de junio de 1990.

Propuso en éste modificar a través de liquidación de revisión, la liquidación privada presentada el 21 de junio de 1988 por la sociedad y correspondiente al período gravable

1987. Determinar la renta líquida por el sistema de renta presuntiva como quiera que aquella no aportó la resolución expedida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, autorizando la reducción del rendimiento presuntivo en los términos del artículo 50 de la Ley 55 de 1985. Consecuentemente modificar el anticipo y aplicar la sanción por inexactitud, prevista por el artículo 647 del Estatuto Tributario. Requerimiento aclarado por Auto 002 del 22 de junio del mismo año, a fin de enmendar el error de transcripción en que se incurrió al anotar en aquel como "Ingresos sujetos a control de precios solicitados"la suma de $ 2.956.894.272 y no la partida de $2.256.894.274 que fue la relacionada por la declarante.

Teniendo en cuenta el denuncio fiscal, el Oficio 3783 del 8 de mayo de 1990, la respuesta a éste, No. 4352 de mayo 16 del mismo año, el Oficio 4504 de mayo 23, el requerimiento especial, la respuesta y el auto aclaratorio de aquel, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bogotá, practicó la liquidación Oficial 026 del 21 de diciembre de 1990.

Determinó la renta por el sistema presuntivo de conformidad con los artículos 180 y 183 del Estatuto Tributario, el anticipo de acuerdo con el artículo 807 ibídem, y la sanción por inexactitud. Por no enviar oportumanente la información solicitada en el Oficio 3783 de mayo 8 de 1990, aplicó la sanción prevista en el literal A del artículo 651 del mismo Estatuto reducida, según los postulados del inciso 2o. de la misma disposición.

Interpuesto el recurso de reconsideración la División de Recursos Tributarios por Resolución 049 del 20 de junio de 1991, mantuvo la determinación oficial excepto que levantó la sanción impuesta por no dar respuesta oportuna al Oficio 3783 de 1990. Según se estableció en el informativo la Administración incurrió en error al negar por extemporánea la prórroga que la contribuyente solicitó para dar las explicaciones requeridas en aquel.

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad reclama ante la jurisdicción la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos en cita. Considera que en su expedición fueron infringidas entre otras, las siguientes disposiciones:

- artículo 29 de la Constitución Política

- artículos 28, 29, 30, 34, 35, 44 y 64 del C.C.A.

- artículos 703, 704, 705, 714, 730, 731, y 866 del E.T.

Entiende el apoderado de la sociedad que:

- El Requerimiento especial 34-0051 del 15 de junio de 1991, sólo tiene validez a partir del auto aclaratorio 002-0022 del 22 del mismo mes y año y siendo así el mismo resulta extemporáneo. El requerimiento se produjo fuera del plazo de los dos años siguientes a la presentación de la declaración de renta 1987, hecho que acaeció el 21 de junio de 1988. Es decir, cuando la liquidación privada se encontraba en firme, según lo establece el artículo 714 del E.T.

- Los ingresos obtenidos por la sociedad en desarrollo de su actividad comercial, del contrato de concesión celebrado con SOFASA, representados en un margen promedio del 9.79% son los que se deben tener en cuenta para determinar la renta presuntiva. Es este margen bruto de las operaciones de venta de los vehículos automotores el que constituye, dice, ingreso para la compañía, ya que es el único susceptible de producir incremento neto en su patrimonio. La sociedad en su denuncio rentístico no redujo la renta presuntiva del período gravable con base en las normas administrativas sobre control de precios. La determinó tomando los ingresos que le son propios. Es decir, los márgenes que obtiene en la venta de automotores.

Alega que no era necesario entonces pronunciamiento del Ministro de Hacienda y Crédito Público, pues el mismo, sólo es procedente en los casos en que la actividad económica del contribuyente se encuentre afectada con disposiciones relativas a control de precios, y éste no es el caso de su representada.

Ataca por improcedente la sanción por inexactitud y como la retención en la fuente que se le practicó resulta superior al 75% del impuesto a cargo, afirma que no hay lugar a la determinación del anticipo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tirbunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 30 de abril de 1993 accedió parcialmente a las pretensiones de la sociedad.

Para el *a-quo* el Auto de junio 22 de 1990 es simplemente aclaratorio del requerimiento especial de junio 15 del mismo mes. Es decir que aquel se incorpora a éste. No altera los términos previstos para la fijeza de la liquidación privada. El requerimiento quedó notificado dentro de la oportunidad legal.

Del contenido del Contrato de concesión celebrado por la actora con SOFASA, deduce que no existe Contrato de Agencia Comercial entre las mismas. En consecuencia la utilidad en la venta de carros es simplemente la diferencia entre el precio de compra y el valor de venta dentro de los límites fijados por SOFASA o el Gobierno. De suerte que sobre tales ingresos es que se ha debido calcular la renta presuntiva.

Para el *a-quo*, la sociedad no incurrió en inexactitud, pues no utilizó maniobras fraudulentas en la declaración de renta y consecuentemente con lo decidido mantuvo la determinación del anticipo.

DE LA APELACION

La apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales apela. Discrepa de la sentencia porque el *a-quo* levantó la sanción por inexactitud. Estima que la sociedad incurrió en ésta al calcular la renta presuntiva sobre una base equivocada.

Descontó factores que debían contar previamente con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

El apoderado de la sociedad con argumentos similares a los consignados en la demanda también disiente de la sentencia. Reitera que el requerimiento especial se practicó extemporáneamente, porque la fecha de expedición de aquel es la que corresponde a la del auto aclaratortio del mismo.

Hubo falsa motivación en la liquidación de revisión porque en ésta la Administración afirmó que la sociedad partió de una base equivocada. Redujo la renta presuntiva con base en normas administrativas de control de precios, sin autorización previa del Ministro, cuando la realidad es otra. La declarante calculó y declaró el rendimiento presuntivo con base en los ingresos obtenidos en desarrollo del contrato de Agencia Comercial celebrado con SOFASA.

Y el anticipo resulta ilegal porque la retención practicada por el período gravable 1987, resul a superior al impuesto a cargo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación, Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, solicita se revoque la sentencia en cuanto ésta levanta la sanción por inexactitud y se confirme en las demás partes. Vale decir, comparte los argumentos expuestos por el Tribunal para mantener la determinación de la renta líquida por el sistema de renta presuntiva y el cálculo del anticipo. Pero considera procedente la sanción por inexactitud, por cuanto en su opinión "no puede existir deferencia de criterio en cuanto al derecho aplicable, entre las oficinas de Impuestos y el administrado, dada la claridad de las normas que regulan el sistema de renta presuntiva".

De otra parte, el apoderado de la parte demandada solicita se revoque la sentencia en cuanto lesiona los intereses de la Nación. Esto es, se confirme en todas sus partes la actuación de la Administración.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Como tanto la sociedad demandante como la entidad demandada apelan la decisión de primera instancia, debe pronunciarse la Sala sobre todas las pretensiones que fueron objeto de impugnación, siguiendo el mismo orden en que fueron propuestas.

1. EL REQUERIMIENTO ESPECIAL Y SU ACLARACION

De acuerdo con lo expuesto en el relato de los antecedentes administrativos la sociedad presentó la declaración de renta del año gravable 1987, el 21 de junio de 1988 y la Administración produjo el requerimiento especial 34-0051 el 15 de junio de 1991 que fue aclarado por el Auto 002-0022 del 22 de junio del mismo año.

Subsanó en éste la equivocación en que incurrió en aquél al transcribir la cuantía que la contribuyente se había descontado como ingresos sometidos a control de precios. Esto es, no efectuó ninguna modificación esencial que alterara los factores que en el requerimiento propuso cambiar. Tampoco las explicaciones en que el mismo se sustentó y menos aún varió las cuantías respecto a los impuestos, anticipos, retenciones y sanciones que anunció determiar.

El Artículo 866 del Estatuto Tributario autoriza a la Administración Tributaria para corregir de oficio o a petición de parte "los errores aritméticos o de **transcripción** cometidos en las providencias, liquidaciones oficiales y **demás actos administrativos**, mientras no se haya ejercita la acción contencioso administrativa" (subraya la Sala). Esto es, que en forma genérica, sin distinguir la clase de actos como lo hace el apoderado de la sociedad, las Oficinas de Impuestos pueden enmendar entre otros, los errores de transcripción en general en los actos administrativos que produce y ésto fue lo que hizo la Administración al ilustrar la forma como la contribuyente determinó la renta presuntiva declarada. Mediante visita especial para aclarar la forma de cálculo de los ingresos sujetos a renta presuntiva que la sociedad presentó en $12.897.000, la Administración descubrió que ésta había excluido de la base la cifra de $2.256.894.274 pero al producir el primer requerimiento anotó por equivocación $2.956.894.272.

La corrección del requerimiento tuvo por objeto aclarar que se trataba de la primera de las cifras indicadas.

Al contrario de lo que opina el apoderado de la sociedad, la aclaración al requerimiento no implica que la fecha en que se produce sirva para alegar que el requerimiento especial se notificó fuera del término legal prescrito en el artículo 714 del E.T., porque el acto de requerimiento es el primero, no su aclaración. Luego, la fecha del Auto aclaratorio 002.0022 no tuvo ningún efecto jurídico y menos aún el pretendido por el actor.

No puede confundirse el acto de corrección que permite como ya se dijo el artículo 866 del E.T., que se incorpora al acto corregido, con la ampliación al requerimiento especial que autoriza el artículo 708 que éste si es un nuevo acto que modifica los términos que dependen del requerimiento.

Por lo anterior la Sala está de acuerdo con la actuación administrativa impugnada que también comparte el Tribunal en la sentencia apelada y a la cual adhiere el Ministerio Público.

2. RENTA PRESUNTIVA. FALSA MOTIVACION

Consta en el expediente que, de la verificación efectuada por los funcionarios visitadores ordenada sobre la declaración de renta año gravable 1987 por Auto Comisorio interno No. 216 de junio 4 de 1990 precisamente para aclarar la base utilizada por la Compañía, se obtuvo como resultado (según informe del 14 del mismo mes y año fl. 24 Ant. Ad.), que la sociedad dijo haber calculado su renta presuntiva, tomando el valor de los ingresos correspondientes al "margen de utilidades en la venta de vehículos, las ventas de repuestos y otros obtenidos por otros conceptos", alegando para tal efecto que en virtud del contrato que la liga con SOFASA ella solamente obtiene el margen de utilidad respecto a los precios que fija ésta.

A pesar de que los ingresos netos declarados en el renglón 16 del formulario fueron de $2.901.739.000, con ese criterio denunció como base para cálculo de la renta presuntiva en el renglón 28, solamente $12.897.000.

La anterior cifra la obtuvo de aplicar el 2% a $644.844.728 conformado por las cifras que dijo corresponder a venta de repuestos, margen vehículos y otros ingresos, menos devoluciones y rebajas. Esta circunstancia obligó a la Administración a requerir las explicaciones del caso y a indagar por la Resolución del Ministro de Hacienda de que trata el artículo 50 de la Ley 55 de 1985 para los casos de reducción de renta presuntiva originada en el contról de precios.

Desde un principio la compañía sostuvo no estar solicitando la aplicación del mecanismo del citado artículo de la Ley 55 de 1985, no obstante que acompañó a su declaración copia de la carta de julio 13 de 1988 dirigida al entonces Ministro de Hacienda, Dr. Alarcón Mantilla en la que, en forma ambigua después de dar cuenta de su contrato de concesión con SOFASA, del control de precios sobre el modelo Renault 4 y el margen promedio del 9.79% de utilidad, concluía, "ruego entonces al señor Ministro el cumplimiento de la facultad que le confiere el artículo 50 de la Ley 55 de 1985". No obstante lo anterior desde la respuesta al requerimiento, en el recurso de reconsideración y aún en la demanda, la sociedad ha sostenido que no se trata de la aplicación del mencionado artículo que compete al Ministro sino de la reducción de su utilidad, debido al margen pactado con SOFASA en el que denomina contrato de concesión. Con esta perspectiva acusó de falsa motivación la expuesta en la liquidación oficial.

No se requiere profundizar en el análisis del contrato con SOFASA a que se ha hecho mención, pues fácilmente se deduce que no se trata de agencia comercial, puesto que la sociedad demandante actúa en forma independiente de la fábrica a quien compra los vehículos para venderlos al público a los precios que indique aquella, o sea, que su renta no está dada por un margen de utilidad sino por la diferencia entre el precio de venta y sus respectivos costos. (Sobre las características de este tipo de contratos entre las ensambladoras de vehículos y sus concesionarios, la Sala tuvo oportunidad de precisarlos, entre otros, en el fallo de mayo 18 de 1990, exp. 2200, actor:

Distribuidora de Automotores Colombianos MOTORCOL, Mag. Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos)

Por ese motivo resulta de meridiana claridad que la sociedad al presentar los factores para determinar la posible renta presuntiva no podía hacerlo sobre los autodenominados márgenes de utilidad sino a base de los ingresos netos y en caso de incluir venta de productos sometidos a control oficial de precios, era procedente la autorización del Ministro de Hacienda y con relación a los demás, seguir el procedimiento que desarrolla el articulo 180 del E.T., que también fue incluído en la motivación de la liquidación oficial.

La insistencia del señor apoderado de que no se trata de un caso en que se necesite la autorización del Ministro, no puede ser aceptada como fundamento para alegar que la liquidación incurrió en una falsa motivación, máxime cuando la sociedad tuvo oportunidad de aclarar su posición desde antes de practicársele requerimiento especial,

ya que precisamente la Administración se vio obligada a dictar auto comisorio el 4 de julio de 1990 para aclarar este aspecto.

Del estudio de los antecedentes administrativos, de los diferentes alegatos y de lo que sobre el punto han expuesto la Administración de Impuestos, el Tribunal y el Ministerio Público, no hay duda de que la compañía en ningún momento explicó satisfactoriamente y menos aún comprobó la forma y los fundamentos para que fuera viable la base en ingresos denunciada a efectos de determinar la renta presuntiva, pues ni con apoyo en el artículo 50 de la Ley 55 de 1985 que la misma sociedad ha dicho que no utilizó, ni en el artículo 15 de la Ley 9a. de 1983 que regulaba en forma general el sistema, ha podido la demandante justificar jurídicamente la reducción a la renta presuntiva en la cuantía que declaró.

En consecuencia, la determinación de la renta presuntiva que practicó la Administración de Impuestos no es susceptible de ninguna variación, siendo del caso confirmar la sentencia apelada en este punto.

3. SANCION POR INEXACTITUD

Ha pretendido exonerarse la demandante de la sanción por inexactitud impuesta por la Administración, con base en el artículo 647 del E.T., y en especial, con aplicación del inciso 6o. que define los errores de apreciación o las diferencias de criterio como no configurativas de inexactitud.

Es cierto que la Sala ha adoptado lo dispuesto en tal inciso como fundamento para exonerar de sanción a los contribuyentes que han pretendido reducción de su renta presuntiva en los casos del artículo 50 de la Ley 55 de 1985, en consideración a que la ley no reguló el respectivo procedimiento, ni reglamentó alguno aclaró la forma y oportunidad de su aplicación, lo que ha originado múltiples enfrentamientos entre la Administración y los contribuyentes y que aún la jurisprudencia del Tribunal de Cundinamarca y de esta Corporación han evolucionado hasta adoptar como regla general, el criterio de que por existencia de la disparidad de criterios no se causa sanción por inexactitud.

Pero en el caso que se estudia no sería aplicable esta jurisprudencia, porque la misma sociedad ha insistido en que no se trata de la aplicación del mencionado artículo 50 y le ha negado inclusive efectos a la carta que le dirigió al Ministro de Hacienda en la cual, en realidad, no fue explícita en solicitarle la reducción de su renta presuntiva por el control oficial de precios.

Quedan entonces en pie las causales de inexactitud consagradas en el citado artículo 647, en lo cual no hay duda que la sociedad incurrió en haber suministrado a la Oficina de Impuestos "factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados", puesto que en ningún momento pudo justificar, como ya se dijo, la cifra de $12.897.000 que denunció como renta presuntiva (renglón 28) con transgresión de las normas reguladoras del sistema y apoyado en una interpretación acomodaticia del contrato con la fábrica SOFASA, que la provee de vehículos ensamblados para su venta.

Se coincide así con el alegato del Ministerio Público "que comparte el criterio de improcedencia del levantamiento de la sanción de inexactitud, pues ciertamente no pudo existir diferencias de criterio en cuanto al derecho alegable, entre las Oficinas de Impuestos y el administrado, dada la claridad de las normas que rigen el sistema de renta presuntiva".

En consecuencia, la sentencia apelada deberá revocarse en este punto.

4. INCREMENTO PARA 1988

En cuanto a la determinación del anticipo, ha dicho la Sala que si bien debe formar parte de la liquidación privada, por cuanto al momento de su presentación, su pago surte el efecto de ser verdaderamente un anticipo al impuesto que debe pagarse en el año siguiente, no surte tal efecto cuando el año gravable para el cual se destinaba ya está superado y goza inclusive de liquidación oficial.

En este sentido se ha pronunciado la Sala, entre otros, en el expediente 4440 de junio 7 de 1993, Mag. Ponente: Dr. Guillermo Chahín, Exp. 4523 de octubre 22 de 1993 y otros.

Como consecuencia de las anteriores decisiones la liquidación se hará a partir de la resolución A-4749-P de junio 20 de 1991, aclarando que no hay pronunciamiento sobre los posibles saldos que resulte a deber la contribuyente, porque ese aspecto no fue materia de las pretensiones, ni de la controversia y es asunto que se ventila y resuelve con posterioridad a la sentencia y mediante la verificación de los comprobantes de retenciones anticipos y pagos que presente la sociedad.

CONCEPTOS	**IMPUESTOS**
RENTA:	
La gravada inicialmente, no varía $58.035.000	17.411.000
Menos descuentos	66.000
Impuesto a cargo	17.345.000
SANCION POR INEXACTITUD	16.314.000
Total a cargo por el año 1987	33.659.000

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

FALLA:

1o. **CONFIRMASE** el numeral primero de la sentencia apelada que anuló los actos que determinaron el impuesto sobre la renta por el año gravable de 1987 correspondiente a la sociedad SUPERCAR LTDA., NIT: 860.041.103-0.

2o. **REVOCANSE** los numerales 2o. y 3o. de la misma sentencia y en su lugar se dispone: FIJASE en la suma deTREINTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS ($33'659.000) M/CTE, el valor del impuesto a cargo de la misma sociedad actora en este proceso.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

PERDIDA OPERACIONAL/COMPARACION PATRIMONIAL-Ajuste/ **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA**

Es equivocado el planteamiento del requerimieto especial previo a la liquidación oficial que propuso la aplicación del sistema excepcional de comparación patrimonial tomando como base para establecer la diferencia de patrimonios, los patrimonios líquidos declarados, cuando lo correcto era partir de los oficialmente determinados. Pero los pasivos desconocidos por haberse omitido las pruebas de dichas obligaciones, han debido incrementar la diferencia patrimonial y requerir del contribuyente la comprobación del pasivo. Pero el procedimiento adoptado de agregar las "pérdidas operacionales" a la diferencia patrimonial determinada con los balances comerciales que mostraban utilidades, además de antitécnico es completamente ilegal. No se comparte el criterio de que tales pérdidas en el caso de sociedades de responsabilidad limitada puedan ser absorbidas directamente por los socios con su propio peculio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5104. Actor: Graniplast Limitada. Impuesto Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Medellín, contra la sentencia

del 2 de julio de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios por los años gravables 1985 y 1986.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Con fundamento en las declaraciones de renta años gravables 1985 y 1986, en las actas resultantes de las inspecciones contables practicadas por los mismos períodos, en los números OAE-R-001 y OEA-R-002 de abril 6 y 18 de 1988 respectivamente y sobre los cuales no se obtuvo respuesta, la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, practicó las Liquidaciones Oficiales de Revisión Nos. 0279 de diciembre 27 de 1988 y 001 de enero 17 de 1989, pertinentes a dichos períodos.

En ambos determinó la renta por e sistema especial de comparación patrimonial previsto en los artículos 74 del Decreto 2053 de 1974 y 91 del Decreto Reglamentario 187 de 1987, porque requerida la contribuyente, ésta no justificó el incremento de activos resultante de la comparación de los patrimonios líquidos declarados, a los cuales previamente se les adicionó entre otros rubros, las pérdidas operacionales sufridas sucesivamente por los años 1985 y 1986, por valor de $30.274.953 y $52.447.093, respectivamente.

Interpuestos los recursos de reconsideración contra las liquidaciones oficiales en cita, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por resoluciones números 0145 y 0151 de diciembre de 1989, confirmó en todas sus partes las decisiones oficiales impugnadas.

Agotada la vía gubernativa el apoderado de la sociedad reclama ante la jurisdicción la nulidad de aquellos actos gubernamentales, se restablezca el derecho conculcado a la empresa representada y se confirmen las liquidaciones privadas por los años 1985 y 1986.

Considera fueron violadas entre otras, las siguientes disposiciones:

- artículos 16, 23, 26 ,28, 43 y 163 de la Constitución Nacional.

- artículos 1, 26, 27, 147, 236, 237, 683, 684, 689, 742, 743, 744, 748, 872 y 913 del Estatuto Tributario.

- artículo 37 del Decreto 1651 de 1961

-artículo 91 del Decreto 187 de 1975

- artículo 21 del Decreto 353 de 1984

- artículos 3 y 5 de la Ley 58 de 1982

- artículos 2, 35 y 59 del Decreto 01 de 1984

- artículos 27, 28 y 29 del Código Civil

Argumenta en síntesis que con la actuación oficial se quebrantaron aquellas normas, porque:

- Las disposiciones reguladoras del sistema de comparación patrimonial no prevén que las pérdidas operacionales sufridas por una empresa en determinado período, se puedan sumar a la diferencia de patrimonios líquidos comparados.

Se apoya el actor en la sentencia proferida por esta misma Sección el 3 de septiembre de 1982, con ponencia del Consejero Dr. Enrique Low Murtra.

- Entiende que también se violó el artículo 43 de la Constitución Nacional porque sólo la ley puede crear tributos y la Administración lo hizo estableciendo un impuesto a la capacidad de gasto o al gasto, al interpretar erróneamente los artículos 236 y 237 del Estatuto Tributario y 91 del Decreto Reglamentario 187 de 1975. Sumó pérdidas operacionales no declaradas por la empresa, a la diferencia patrimonial detectadas por los años gravables 1985 y 1986.

- Se quebrantaron los artículos 16, 23, 26 y 28 de la misma Carta Política porque con la actuación se desconoció el derecho de defensa. "No se respetó el principio fundamental del mismo, "a ser oído ", porque no se resolvieron puntos comprendidos en los expedientes oportunamente propuestos por la empresa".

De otra parte considera que "las pérdidas operacionales se crearon, liquidaron y confirmaron aplicando, mezclando y combinando los sistemas de determinación ordinario o de depuración de ingresos y el de renta por comparación de patrimonios" además de que se trasladaron a los socios con una motivación errada y falsa. Con fundamento en una norma extraña como lo es el artículo 18 de la Ley 9a. de 1983.

Finalmente critica la actuación gubernamental porque, sin competencia los funcionarios de la Administración de Impuestos de Medellín, interpretaron las normas tributarias, función que sólo está asignada al Director de Impuestos Nacionales, a quien no le está permitido delegarla; y porque en la motivación de aquella no hubo un razonamiento legal. Por el contrario en la sustentación se incurrió en errores e inexactitudes por lo que las objeciones quedaron sin sentido jurídico.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 2 de julio de 1993, accedió a las pretensiones de la sociedad. Decretó la nulidad de los actos administrativos y la firmeza de las liquidaciones privadas, años 1985 y 1986, con asidero en lo que es el "Principio de legalidad" para el profesor Alejandro Ramírez Cardona, en su libro "Derecho Tributario": y en lo que esta Corporación, dijo en sentencia del 3 de septiembre de 1982, con ponencia del Dr. Enrique Low Murtra, es el sistema de comparación patrimonial.

DE LA APELACION

El apoderado de la Administración de Impuestos apela. Pide se revoque la sentencia y en consecuencia confirmar la actuación administrativa.

COPIA AL CUERPO

Para el apoderado de la parte demandada los resultados obtenidos de la inspección en libros, dejan claro que la sociedad debió realizar ingresos suficientes, por cada uno de los años gravables cuestionados, que le permitieran sufragar los costos y gastos que originaron las pérdidas operacionales contablemente detectadas, habida consideración que no aparece demostrado dentro del expediente la existencia de préstamos que las justificarán.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, Dr. Jaime Ossa Arbeláez, pide se confirme la sentencia apelada. Adhiere a los argumentos expuestos por el Tribunal que al igual comparte lo expuesto en la sentencia del 3 de septiembre de 1982, proferida por esta Seccion con ponencia del Dr. Enrique Low Murtra, expediente 9689, actor: Ingenieros Asociados Ltda.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

COMPARACION DE PATRIMONIOS

Como quedó expuesto en el relato de los antecedentes administrativos, la oficina de Impuestos Nacionales previa inspección a los libros de contabilidad determinó la renta líquida gravable de la sociedad, por el sistema de comparación patrimonial, tanto por el año gravable 1985 como por el correspondiente a 1986.

Primero, incrementó el patrimonio bruto declarado y por ende el patrimonio líquido de cada uno de aquellos períodos, con el rubro "Cuentas por Cobrar a Clientes", en 1985 por valor de $$10.908.928 y en 1986 por la suma de $9.130.033.

Después, a las diferencias encontradas al comparar los patrimonios líquidos declarados por tales años, con los pertinentes a los años anteriores, les adicionó "las pérdidas operacionales" detectadas en los "Estados de Pérdidas y Ganancias planteados en las actas de inspección contable. A las partidas resultantes las gravó como renta en aplicación de aquel sistema.

La Administración no obstante que la sociedad declaró renta gravable por cada uno de aquellos períodos, $2.506.143 en 1985 y $3.125.140 en 1986, le determinó pérdidas operacionales, porque con los libros de contabilidad y demás documentos analizados según Acta, se comprobó que la compañía efectuó gastos adicionales a los declarados en 1985 por valor de $24.896.741 y en 1986 en cuantía de $46.939.134 que canceló registrando como contrapartidas pasivos a favor de terceros, según un asiento de diciembre 31 que en su entender no fue debidamente contabilizado conforme a los artículos 51, 52, 53 y 59 del Código de Comercio, como quiera que no existen documentos que los justifiquen, ni se identificaron los terceros titulares de los respectivos créditos.

De lo anterior queda claro para la Sala que la Administración Tributaria se equivocó en el planteamiento del requerimiento especial previo a la liquidación oficial,

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

practicado por cada una de las vigencias en cuestión. Propuso en ellos la aplicación del sistema excepcional de comparación patrimonial tomando como base para establecer la diferencia de patrimonios, los patrimonios líquidos declarados, cuando lo correcto era partir de los oficialmenlte determinados. Pero por haber detectado omisión de las pruebas de las obligaciones contraídas con los terceros, estos pasivos han debido incrementar la diferencia patrimonial en los términos del artículo 116 del Decreto 187 de 1976 y requerir del contribuyente la comprobación del pasivo. Pero el procedimiento adoptado de agregar las "pérdidas operacionales " a la diferencia patrimonial determinada con los balances comerciales que mostraban utilidades, además de antitécnico es completamente ilegal.

En este orden de ideas, la sustentación del sistema utilizado por las Oficinas de Impuestos para determinar las bases imponibles de los años 1985 y 1986, no resulta válida para mantener la actuación oficial.

La sentencia proferida por esta Sección el 3 de septiembre de 1982, con ponencia del Dr. Enrique Low Murtra, en el expediente 9689, actor: Ingenieros Asociados Ltda., y en la que se fundamentó el fallador para expedir la que es objeto de apelación, no puede ser aplicable al caso que se ventila porque, al contrario de lo que el aquél sucedió, en éste la sociedad declaró utilidades. Las pérdidas operacionales las determinó la Administración, pero no las trató adecuadamente en el sistema de comparación de patrimonios, que en este caso se reflejaban en un pasivo sin soporte alguno, que al ser rechazado aumentaba la base patrimonial y daba lugar a aplicar el artículo 74 del Decreto 2053 pero en razón del rechazo del pasivo.

Por lo demás, la Sala está de acuerdo con lo expuesto en aquella oportunidad en cuanto a que "las pérdidas operacionales" determinadas en un período fiscal pueden incrementar el pasivo del mismo ejercicio, también en que aquellas no están comprendidas dentro de los factores de ajuste para determinar la diferencia patrimonial, en los términos del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 y 91 y 116 del Decreto 187 de 1975. Empero disiente en lo que se refiere a que tales pérdidas en el caso de sociedades de responsabilidad limitada puedan ser absorvidas directamente por los socios con su propio peculio, pero con demostración de que éste lo justifique.

Por lo anterior aún cuando por razones distintas la Sala está de acuerdo con la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida el 2 de julio de 1993 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio No. 900672.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

BANCOS-Facultades/PAGARE EN MONEDA EXTRANJERA/CONTROL DE CAMBIOS

La interpretación armónica de las Leyes 45 de 1923, 57 de 1931 y 444 de 1967, claramente indica que sí bien es cierto que las Leyes 45 de 1923 art. 85 y ord. 1o. y 57 del art. 10 ord. 1o., autorizan expresamente a los establecimientos bancarios para descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda, no es cierto que por la circunstancia de que en dichas normas no se haya diferenciado o distinguido entre pagarés en moneda nacional y pagarés en moneda extranjera las entidades bancarias tengan libertad para escoger la moneda de contratación y menos como las negociaciones que implican el manejo de divisas hayan quedado excluídas del control de cambios que para la fecha preveía el Decreto 444 de 1967; "Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior" norma superior, que por referirse a un tema específico era de preferente aplicación y obligatoria observancia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5163. Actor: Banco de Crédito y Comercio de Colombia. Autoridades Nacionales. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 5 de agosto de 1993, mediante la cual el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por el **BANCO DE CREDITO Y COMERCIO DE COLOMBIA** contra las resoluciones Nos. 1219 de abril 17 y 4385 del 28 de octubre de 1989, en virtud de las cuales la Superintendencia Bancaria le impuso sanción pecuniaria por contravención a la circular DAB 057 de 1978 de la Superintendencia Bancaria y del artículo 14 del Decreto 444 de 1967.

ANTECEDENTES

El 31 de marzo de 1986 el Banco de Crédito y Comercio de Colombia giró el cheque No. 003607 a cargo del Banco de Crédito y Comercio New York por US$1.000.000 y a favor del Banco de la República para atender el reintegro de GONCHECOL por exportación de café, suma que en la misma fecha el establecimiento bancario colombiano cargó al corresponsal (BCCI New York), correspondiente a "Vr., financiación por concepto de reintegro de GONCHECOL."

El 24 de abril de 1986 el Banco de Crédito y Comercio de Colombia contabilizó un cargo al Banco Mercantil de Colombia Limited Nassau Bahamas con abono al BCCI New York, anulando "Contabilización del 31,3,86 IDEM por no corresponder." La sucursal Centro Internacional del Banco de Crédito y Comercio de Colombia contabilizó en otras cuentas de orden Moneda Extranjera Encargo Fiduciario Gonchecol Ltda., la suma de US$1.000.000 por concepto de valor reintegrado el 31 de marzo de 1986.

Desde el 31 de marzo de 1986 hasta el 27 de abril del mismo año, el BANCO DE CREDITO Y COMERCIO DE COLOMBIA financió a la Sociedad Gonchecol Ltda., la suma de un millón de dólares, suma que según verificó la Superintendencia Bancaria se encontraba registrada en los libros auxiliares y extractos de su cuenta corriente en el Banco Mercantil de Colombia Ltda., Nassau Bahamas, razón por la cual la Entidad vigilante consideró que no existía motivo alguno para que la operación anterior se hubiera contabilizado en cuentas de orden, según los comprobantes de contabilidad del 24 de abril de 1986, sino que debió registrarse en la cuenta "deudores por financiación de futuras exportaciones" con cargo a "corresponsales extranjeros" por el mismo valor, toda vez que del 31 de marzo al 27 de abril de 1986 el Banco de Crédito y Comercio financió la operación, pero a partir de la última fecha mencionada el Banco Mercantil Ltda., Nassau otorgó línea de crédito directa, asumiendo así la calidad de acreedor con respecto al millón de dólares, actuando la institución financiera del país como simple intermediaria.

Consideró adicionalmente que el Banco de Crédito y Comercio de Colombia, violó el artículo 14 del Decreto-Ley 444 de 1967 al adquirir, a través de la figura jurídica del endoso, la propiedad del pagaré del Banco Mercantil Colombiano Assau Bahamas suscrito por GONCHECOL LTDA., por US$1.000.000 transacción que no estaba autorizada por la ley de manera expresa a los establecimientos bancarios.

Requerido el Banco de Crédito y Comercio de Colombia para los descargos de rigor una vez rendidas las explicaciones la Superintendencia Bancaria estimó que éstas

no eran satisfactorias ya que el Banco de Crédito y Comercio de Colombia no contabilizó al deudor conforme lo exigía la circular 057 de 1978 de la Superintendencia Bancaria, cargando indebidamente en el corresponsal del Bank of Credit and Comerce Internacional New York el valor de US$1.000.000 de dólares correspondientes a la financiación por concepto de reintegro de GONCHECOL, e incurriendo además en la transgresión del Decreto 444 de 1967 artículo 14 literal b). Procedió en consecuencia a imponerle, sanción pecuniaria mediante la resolución No. 1219 del 17 de abril de 1989.

Contra dicha resolución interpuso la sancionada recurso de reposición que fue fallado mediante la resolución 4385 del 28 de diciembre de 1989 confirmando el acto recurrido.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el Banco, para acusar al acto administrativo de haber incurrido en violación de los artículos 14 del Decreto 444 de 1967, 10 numeral 1o. de la Ley 57 de 1931, por errónea interpretación, y la Resolución 31 de 1984 de la Junta Monetaria, por indebida aplicación, porque la Superintendencia Bancaria no tuvo en cuenta que el artículo 14 del Decreto 444 de 1967 autorizó a los establecimientos de crédito, término que incluye a los bancos según el artículo 266 *ibidem*, para obtener financiación externa y utilizar el producto de ésta para los fines propios de su actividad. Alega que desconoce también la Superintendencia Bancaria la Ley 57 de 1931 que los autoriza para adquirir pagarés sin distinguir si lo son en moneda nacional o en moneda extranjera. Autorización que permite a los establecimientos de crédito pagar en un momento dado, con recursos propios y a través del correspondiente registro en la Oficina de Cambios una deuda que una persona natural o jurídica tenga con un banco del exterior, subrogándose en los derechos de éste frente al deudor colombiano.

Estima que además el estatuto cambiario no se viola por adquirir obligaciones, sino por hacer pagos al exterior que no estén debidamente autorizados y como en el caso materia del litigio el cesionario no ha pagado al cedente el monto del crédito, mal puede decirse que haya violación del estatuto.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante providencia del 5 de agosto de 1993, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda y ordenó hacer efectiva la caución presentada el 18 de septiembre de 1989, al considerar que los artículos 10o. de la Ley 57 de 1931 y 14 del Decreto 444 de 1967 permitían deducir que los establecimientos de crédito sólo podían realizar las operaciones en moneda extranjera autorizadas expresamente por la ley, las de cambio exterior contempladas en el Decreto 444 de 1967, y las definidas por la Junta Monetaria, puesto que la actividad bancaria no podía considerarse como una actividad particular cualquiera, que pone en juego los intereses privados sino que en ella está de por medio un aspecto económico de interés público, que compromete la responsabilidad propia del Estado a través de su soberanía monetaria, y como tal no es libre sino que está condicionada y limitada por regulaciones

expresas, por lo que la facultad de negociar y descontar pagarés debía desarrollarse con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes, y si ésta implicaba operación de cambio exterior, sólo podría realizarla si estaba contemplada expresamente en el Decreto 444 de 1967.

Para afianzar lo expuesto, invoca la sentencia proferida el 17 de julio de 1989, expediente 1012, Ponente doctora Consuelo Sarria Olcos, cuyos apartes transcribe.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar, insiste con similares argumentos a los expuestos en la demanda en que el Banco no incurrió en desconocimiento de los artículos 14 del Decreto 444 de 1967, ni de la resolución 31 de 1984 de la Junta Monetaria, porque la operación realizada era perfectamente legítima al estar expresamente autorizada por la ley, específicamente por el literal b) del artículo 14 del Decreto 444 de 1967 interpretado conjuntamente con el artículo 10 de la Ley 57 de 1931. Y que la resolución 31 de 1984 de la Junta Monetaria no era aplicable al Banco, porque ésta se constriñe exclusivamente a autorizar el registro de préstamos externos otorgados por los bancos del exterior a bancos colombianos para que estos puedan adquirir cartera de filiales o sucursales.

Por último aduce que la operación realizada por el Banco no implicó la creación de un canal de giro con el exterior, porque la adquisición del crédito que debía pagarse a una entidad filial que está domiciliada en el exterior, ya tenía su propio canal de giro desde antes de la adquisición del pagaré.

Pide se revoque la sentencia apelada y se acceda a las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria al alegar de conclusión pide se confirme la sentencia apelada, al considerar que ella responde en forma jurídica y adecuada a los cargos propuestos por la entidad demandante.

Reitera, que de acuerdo con el régimen legal aplicable, los establecimientos de crédito sólo pueden realizar las operaciones en moneda extranjera autorizadas expresamente por la ley y las de cambio exterior contempladas entonces en el Decreto 444 de 1967, así como las definidas por la Junta Monetaria mediante resolución.

Señala que de acuerdo con el artículo 246 del decreto anteriormente citado, todas las operaciones de cambio exterior se sujetaban a las disposiciones del control de cambios y sólo podían efectuarse en la forma y en los casos que lo autoriza la extinta Junta Monetaria, y que no existía disposición alguna que facultara a un establecimiento bancario para adquirir de una filial en el exterior un pagaré en moneda extranjera, del modo como lo hizo la actora, pues cualquier negociación de este tipo debió hacerse dentro de los límites sañalados por la Junta Monetaria en la resolución 31 de 1984.

Porque, si bien el artículo 14 literal b) del Decreto 444 de 1967 autorizó a los establecimientos de crédito para obtener financiación externa y utilizar el producido de ésta para los fines propios de su actividad, el término "financiación" se extiende entre otras modalidades a toda aportación dineraria que recibe una empresa para dedicarla a sus fines, pero dirigida a posibilitar el desarrollo de la empresa social y el mejoramiento de la posición financiera de la entidad, lo cual constituye el objeto fundamental asignado por la ley a esta operación. Y la autorización contenida en el artículo 10 de la Ley 57 de 1931, debe desarrollarse con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes, atendiendo a la naturaleza propia de la actividad bancaria que involucra un aspecto económico de interés público, como lo precisó el Tribunal.

El apoderado judicial de la actora al alegar de conclusión, reitera los argumentos presentados en las actuaciones anteriores a nombre del Banco, especialmente los referidos a la autorización de la operación realizada con su filial del exterior, con fundamento en los artículos 10 de la Ley 57 de 1931 y 14 literal b) del Decreto 444 de 1967 y la no aplicación de la resolución 31 de 1984 de la Junta Monetaria en su caso.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado en lo contencioso, no presentó alegato alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental de la controversia no es otro que el de determinar si la operación realizada por el Banco consistente en la adquisición por endoso del pagaré en moneda extranjera suscrito por GONCHECOL LTDA., a favor del Banco Mercantil Colombia Nassau Bahamas, tenía o no autorización por la ley colombiana.

Gira el problema en torno a la interpretación de los artículos 14 literal b) del Decreto 444 de 1967, 85 de la Ley 45 de 1923 y 10 de la ley 57 de 1931 en concordancia con la resolución 31 de 1984, los que la Superintendencia Bancaria consideró fueron transgredidos por la actora, normas que para mejor entendimiento se transcriben:

Ley 45 de 1923.

"Artículo 85. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con esta ley, tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:

"1.- Descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda...."

Ley 57 de 1931.

"Artículo 10. El artículo 85 quedará así:

"Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con esta ley, tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes: "1o.- Descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda..."

Decreto 444 de 1967

"Artículo 14.- Además de las operaciones en moneda extranjera autorizadas por otras disposiciones de este decreto, los establecimientos de crédito podrán celebrar las siguientes, siempre con sujeción a las normas en el previstas:

a)...

"b) Obtener financiación externa y utilizar el producto de ésta para los fines propios de su actividad...."

La interpretación armónica de las normas transcritas claramente indica que si bien es cierto que las Leyes 45 de 1923 artículo 85 ordinal 1o. y 57 de 1931 artículo 10o. ordinal 1, autorizan expresamente a los establecimientos bancarios para descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda, no es cierto que por la circunstancia de que en dichas normas no se haya diferenciado o distinguido entre pagarés en moneda nacional y pagarés en moneda extranjera las entidades bancarias tengan libertad para escoger la moneda de contratación y menos como las negociaciones que implican el manejo de divisas hayan quedado excluídas del control de cambios que para la fecha preveía el Decreto 444 de 1967; "Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior" norma superior, que por referirse a un tema específico era de preferente aplicación y obligatoria observancia; que por demás fue enfática en su artículo 2o. al disponer "todas las operaciones de cambio exterior están sujetas a control."

El Decreto 444 de 1967 artículo 14 literal b), si bien autoriza a los establecimientos de crédito para obtener financiación externa y utilizar el producto de ésta para los fines propios de su actividad, no ampara la operación realizada por la actora consistente en la adquisición, en propiedad, del pagaré en moneda extranjera del Banco Mercantil Colombia Nassau Bahamas con plazo para su pago, ya que no responde a la obtención de una financiación externa para los fines propios de la actividad del Banco, sino que implica compra de cartera del exterior, para lo cual requería autorización especial por tratarse de una operación de cambio internacional.

Ahora bien, como el Decreto 444 de 1967 no autoriza de manera general a los bancos colombianos para ese tipo de operaciones en moneda extranjera, y esta facultad tampoco se deriva del artículo 14 literal b) del Decreto 444 de 1967, y la actora no señala en qué otra disposición distinta de la anteriormente mencionada ampara la legalidad de la operación realizada, para así desvirtuar el acto administrativo que lo sancionó por infringir las normas de control de cambios y la Resolución 31 de 1984 de la junta Monetaria.

No encontrándose autorización expresa dentro del control de cambios para la negociación de pagarés en moneda extranjera, era preciso acudir entonces a la resolución 31 de la Junta Monetaria que la autorizó definiéndola como operación de cambio exterior, pero observando los límites, cuantías y demás regulaciones en ella prevista, incluída la forma de su contabilización.

Normatividad que como acepta la actora no acató por considerar que no estaba sometida a ella la operación de compra de cartera realizada, pero que sí le era aplicable, como lo anota la Superintendencia Bancaria por tratarse de una operación de cambio exterior entre el Banco Colombiano y su filial extranjera, no autorizada expresamente por el Decreto 444 de 1967 como antes se anotó.

Por todo lo anterior, la sentencia de primera instancia merece ser confirmada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de agosto de 1993 en el juicio 510.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

RENTA DE TRABAJO/EXPENSA NECESARIA/DEDUCCION-Requisitos

Dado el carácter de renta exclusiva de trabajo que tienen las comisiones, en este caso denunciadas por el contribuyente con origen en un contrato de trabajo suscrito, por sus características especiales (prestación personal del servicio, etc,), tales ingresos en modo alguno son susceptibles de ser afectados con expensas necesarias. Doctrinariamente se ha entendido que el gasto necesario es el normal para producir o facilitar la obtención de la renta bruta, calificado según la costumbre comercial (art. 45 del Decreto 2053 de 1974). La norma general se fundamenta en que sin el gasto respectivo no podría obtenerse una renta bruta. Cuando puede prescindirse de un gasto sin que implique ausencia de renta o su disminución, es innecesario y, por lo tanto, no es deducible; pero esto, todo debe calificarse con criterio comercial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C. a los diecisiete (17) días de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejo Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5214. Actor: Hugo Hernán Lucena Cardozo. Apelación sentencia de 30 de agosto de 1993. Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Impuesto de renta y complementarios año gravable 1986). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 30 de agosto de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda formulada por el señor HUGO HERNAN LUCENA CARDOZO, cédula de ciudadanía No. 19.130.221 de Bogotá,

en relación con la determinación del impuesto de renta y sanción por inexactitud impuesta correspondiente al año gravable de 1986.

ANTEDEDENTES

El contribuyente en su condición de empleado de la firma SIEMENS S.A., en el año de 1986 recibió ingresos laborales del orden de $5.431.498 a título de comisiones las cuales fueron liquidadas sobre las ventas efectuadas por el mencionado vendedor.

En el expediente aparece fotocopia del contrato de trabajo suscrito el día 13 de septiembre de 1982 con la firma SIEMENS S.A., según el cual el trabajador se obliga a prestar personalmente su capacidad al servicio esclusivo del patrono en el desempeño de las funciones de VENDEDOR.

En razón de que el señor LUCENA CARDOZO perciba rentas exclusivas de trabajo al tenor del artículo 10 del Decreto 2053 de 1974 (actual artículo 103 del Estatuto Tributario), en el año gravable discutido le retuvieron en la fuente la suma de $1.036.157; descontando el valor de los impuestos determinados en la liquidación privada el renglón 38 del formulario de la declaración de renta registra un saldo a favor del contribuyente del orden de $726.602.

No obstante lo anterior, el contribuyente solicitó deducciones por valor de $3.100.000 aduciendo pago de subcomisiones efectuados a Sandra Stella Gómez Cano, Ana Tulia Moreno Ramírez, Julio César Correa Torres y César Augusto Rozo Fuentes.

Previo requerimiento especial la Administración Tributaria mediante la liquidación de revisión 60023 de junio 20 de 1990 rechazó estas deducciones y también la partida de $20.000 propuesta como alquiler de vehículo imponiendo la respectiva sanción por inexactitud, pues consideró que tales partidas carecían de relación de causalidad con los ingresos declarados que como se precisó antes, son rentas exclusivas de trabajo que no tienen costo alguno (fls. 11/13).

Interpuesto recurso de reconsideración la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Bogotá, por medio de la resolución 05081 de julio 17 de 1991 confirmó el acto liquidatorio oficial, agotando de esta manera la vía gubernativa (fls. 14/22).

Tramitado el proceso ante el Tribunal, éste consideró que para percibir su renta el contribuyente debe efectuar erogaciones en sus relaciones con eventuales compradores y también en sus desplazamientos por la extensa zona de operaciones que le fue asignada. De acuerdo con lo anterior, la Sección Cuarta del Tribunal concluye que en su concepto los pagos por subcomisiones y por alquiler del vehículo sí guardan relación de causalidad con la renta declarada, es decir que tales erogaciones son necesarias para la producción de la renta.

Por lo demás, el fallo del Tribunal precisa que, como quiera que el acto acusado infringe la disposición en que se sustenta, que es la misma invocada por el accionante, ello impone la declaratoria de nulidad con el consiguiente restablecimiento del derecho, concretado a la firmeza de la liquidación privada; pronunciamiento que en este sentido registra la sentencia apelada con salvamento de voto del magistrado Alvaro E. Vera Jaimes (fls. 64/71).

RECURSO DE APELACION

Lo formula la apoderada de la Unidad Administrativa especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales quien muestra su desacuerdo con la decisión del *a-quo* porque el contribuyente es un asalariado que mantiene una ralación laboral por medio de un contrato de trabajo, en virtud del cual recibe como remuneración unas comisiones sobre ventas; se obliga personalmente a prestar este servicio a una persona jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de esta última, recibiendo a cambio una remuneración bajo la modalidad de comisiones, sin que dentro de las cláusulas del contrato de trabajo se estipule que la actividad de ventas pueda realizarse con otras personas, pues la excepción a la prestación personal del servicio del vendedor no aparece dentro del texto del contrato, ni en cláusula aparte del mismo, observando que en este sentido está dirigido el salvamento de voto.

En segundo lugar, el apelante relieva que la deducción por expensas necesarias consagrada en la ley tributaria abarca la noción de gastos normales acostumbrados en una actividad económica que contiene como presupuestos esenciales la causalidad, la necesidad y la proporcionalidad del gasto. Señala que esto no sucede en el*sub-exámine* debido a que la figura de la subcomisión como expensa necesaria no es de común ocurrencia en los contratos de trabajo cuya remuneración tiene como base el pago de comisiones sobre ventas efectuadas por el trabajador.

Observa que cosa bien distinta es el contrato de comisión previsto en el artículo 1.287 del Código de Comercio, según el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios en nombre propio, pero por cuenta ajena, pues es marcada la diferencia existente entre el contrato de trabajo y el contrato de comisión toda vez que en éste es de su esencia la ocurrencia de expensas necesarias para cumplir con la labor, en cambio en aquel no se presenta ni por ley ni por esencia dicha necesidad.

En consecuencia, considera que no es de recibo la argumentación del Tribunal en el sentido de que la parte demandada parte del supuesto equivocado de que el contrato de trabajo en referencia, priva de toda relación de causalidad las deducciones solicitadas, sencillamente porque no se dan los elementos que exige la ley para su aceptación. Por tanto, pide la revocación de la sentencia apelada lo cual implica la confirmación de la actuación administrativa. (fls. 75/80).

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSION

En primer término, la apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales descorre el traslado para relievar que el Tribunal fundamenta su decisión en el hecho de que para percibir la renta, el contribuyente debe efectuar erogaciones en sus relaciones con los eventuales compradores a el asignados, concluyendo que los pagos por subcomisiones y el alquiler del vehículo sí guardan relación de causalidad con la renta declarada, siendo por lo tanto necesarias para la producción de la renta.

La parte impugnadora no está de acuerdo con esta apreciación debido a que el señor LUCENA CARDOZO desempeña su labor de vendedor en virtud de un contrato de trabajo; es decir, que sus ingresos son rentas exclusivas de trabajo que se rigen por el contrato de trabajo que es ley para las partes. Señala que la circunstancia de que su salario esté constituído por comisiones y su calificación de trabajador sea la de agente vendedor, ello no le cambia la condición de asalariado por la de trabajador independiente observando que el contribuyente no declara actividad comercial alguna, pues no denuncia ventas distintas a las originada por la relación laboral que tiene con la firma SIEMENS S.A., que permitan dar un tratamiento fiscal diferente al de asalariado; o de donde se infiera que la constitución de su renta se origina en otros ingresos que permitan hacer las deducciones solicitadas.

Así mismo precisa que el señor LUCENA CARDOZO, teniendo la calidad de asalariado y por ende percibir un salario, los pretendidos costos y/o deducciones en que hubiere incurrido, no son en forma alguna, expensas que tuvieran una relación causa-efecto con su renta y que constituyan la base generadora de su actividad productora, que en últimas sólo es un sueldo o salario recibido como contraprestación por su actividad personal realizada por la continua subordinación y dependencia de su patrono, la empresa SIEMENS S.A.

Por último, el alegato de conclusión se refiere a la sanción por inexactitud y al salvamento de voto del Magistrado Vera Jaimes quien considera que las subcomisiones y demás pagos aludidos no tienen relación de causalidad con los ingresos por salarios declarados por el contribuyente (fls. 100/103A).

En este proceso también descorre el traslado para alegar la señora Delegada Sexta de la Procuraduría General de la Nación ante el Consejo de Estado, quien luego de reseñar la actuación surtida manifiesta no estar de acuerdo con la sentencia proferida por el Tribunal de instancia, por cuanto tiene que ver con la existencia de la relación de causalidad entre las deducciones solicitadas, con la índole de la renta percibida por el accionante.

En efecto, señala que como lo expresa el apoderado de la Administración Tributaria el contribuyente es un asalariado que mantiene una relación laboral mediante un contrato de trabajo, según el cual el señor LUCENA CARDOZO se obliga a "prestar personalmente su capacidad normal de trabajo", no pudiendo en consecuencia, cumplir la labor por interpuesta persona.

Por lo demás, observa que aún cuando no hay una norma expresa que indique las rentas de trabajo pueden disminuirse con deducciones por expensas necesarias, la relación laboral de por sí significa que el trabajador no necesita asumir gastos de ninguna naturaleza para obtener el ingreso correspondiente. Pero, que "si por circunstancias especiales, que el mismo contrato de trabajo crea, el trabajador intenta incrementar su ingreso, asumiento costos y efectuando expensas, ello lo hace bajo su cuenta y riesgo y en el entendimiento de que la remuneración pactada incluye cualquier erogación que voluntariamente quiera hacer el trabajador, sin que por esa razón ellas sean deducibles de su renta." (fl. 116).

De lo anterior, concluye que se está en presencia de unos ingresos originados en un contrato de trabajo los cuales fueron declarados por el contribuyente como salario bajo la modalidad de comisiones que no permiten ser afectados por deducciones de expensas que accidental y voluntariamente ha asumido el trabajador para incrementar su ingreso.

Por lo tanto, la Delegada de la Procuraduría considera que la sentencia apelada merece ser REVOCADA (fls, 114/117).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia en este proceso se circunscribe a establecer si los ingresos del contribuyente en su condición de rentas exclusivas de trabajo (artículo 10 del decreto 2053 de 1974, actualmente 103 del Estatuto Tributario), pueden disminuirse por deducciones de expensas que el trabajador considera necesarias para la producción de la renta.

Pues bien, la Sala comparte el punto de vista de la señora Delegada de la Procuraduría, en el sentido de que dado el carácter de renta exclusiva de trabajo que tienen las comisiones, en este caso denunciadas por el contribuyente con origen en un contrato de trabajo suscrito con la firma SIEMENS S.A., por sus características especiales (prestación personal del servicio, etc.), tales ingresos en modo alguno son susceptibles de ser afectados con expensas necesarias.

De otra parte relieva que para efectos de la deducibilidad del gasto (artículo 107 del Estatuto Tributario) se requiere que éste sea necesario en el desarrollo de la actividad económica del contribuyente. En el *sub-exámine* esta circunstancia no se presenta porque el ingreso por comisiones se realiza en la medida en que el contribuyente desarrolla su actividad personal de ventas de acuerdo con las estipulaciones del contrato de trabajo.

Doctrinariamente se ha entendido que el gasto necesario es el normal para producir o facilitar la obtención de la renta bruta, calificado según la costumbre comercial (artículo 45 Decreto 2053 de 1974). La norma general se fundamenta en que sin el gasto respectivo no podría obtenerse una renta bruta. Cuando puede prescindirse de un gasto sin que implique ausencia de renta o su disminución, es innecesario y, por lo tanto, no es deducible; pero esto, ante todo como se dijo, debe calificarse con criterio comercial.

De manera pues que, examinado someramente el aspecto de la necesidad de la expensa solicitada (pago de subcomisiones), cabría preguntar si en el caso que se debate se cumple también la otra condición que exige el inciso 2 del artículo 107 del Estatuto Tributario, es decir la proporcionalidad de la expensa, que aún cuando en forma explícita no se cuestiona, cuantitativamente merece ser tenida en cuenta, toda vez que sobre unos ingresos denunciados por comisiones del orden de $5.431.498 se solicitan expensas por subcomisiones por $3.100.000 las cuales representan el 57.07% de los mencionados ingresos.

Las anteriores precisiones, a juicio de la Sala son suficientes para revocar el fallo proferido por el *a-quo*, y a ello procederá quedando por lo tanto en firme la actuación administrativa demandada.

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

FALLA:

1o.- Revócase la sentencia de 30 de agosto de 1993 proferida en el juicio 8684 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos de determinación del impuesto de renta del año gravable 1986 a cargo del señor HUGO HERNAN LUCENA CARDOZO con cédula de ciudadanía No. 19.130.221 de Bogotá, dejando en firme la liquidación privada presentada por el mencionado contribuyente en la vigencia fiscal discutida.

2o.- En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

3o.- Reconócese personería a la doctora Patricia del Pilar Romero Angulo, de acuerdo con poder visible a folio 104 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva,*

Carlos A. Flórez , Secretario.

COMISIONISTA DE BOLSA/SOLIDARIDAD/FONDO DE GARANTIAS

La solidaridad no se predica con relación a las obligaciones que asume cada firma comisionista, cada intermediario participante es autónomo, en ejercicio de las actividades que la ley le permite desarrollar, adquiere obligaciones que comprometen su propio patrimonio no el de los demás, la solidaridad es con el mercado de valores para que éste no se lesione con la imposibilidad de cumplir en que pueda incurrir cualquier sociedad comisionista, si en él no impera la seguridad, un clima de confianza para emisores e inversionistas, no es posible su desarrollo, y parte de estos presupuestos se logran cuando existe un fondo común aportado por quienes de manera profesional realizan las operaciones que le son propias.

MERCADO PUBLICO DE VALORES/DERECHO DE ASOCIACION

Al diseñar o señalar el instrumento para lograr la estabilidad y seguridad del mercado público de valores-persona jurídica o patrimonio autónomo no se está impidiendo ni restringiendo el derecho de asociación que consagra el artículo 44, pues esa libertad existe en tanto el ánimo *societatis* provenga de la iniciativa particular de quienes quieran materializar este deseo. En efecto cuando en desarrollo se ordena intervenir una forma común para lograr lo que se pretende con el desarrollo legal, se está utilizando un canal propio para ello, sin que éste, como es claro advertirlo, se interponga o impide la expresión de voluntad de los particulares a través de cualquier forma asociativa.

SOCIEDAD COMISIONISTA DE BOLSA/FONDO DE GARANTIAS/COMISION NACIONAL DE VALORES

La Comisión Nacional de Valores al expedir la resolución acusada, para exigir tal como lo hace en el art. 1o., a las sociedades comisionistas de bolsa, miembros de cada bolsa de valores, y sin perjuicio de otras garantías, la constitución de un fondo de garantías, con un objeto específico, no se arrogó competencias que no le otorgaba la ley, pues el Estado en ejercicio del mandato de intervención puede establecer regulaciones dentro del marco de la ley que lo autoriza, en este caso, la Ley 32 de 1979, permite deducir fácilmente que la C.N.V., contaba con la facultad y atribución legal para adoptar otras medidas adicionales a las que expresamente consagra la ley.

INTERVENCION ESTATAL/POLICIA ADMINISTRATIVA

La Ley 32 de 1979, corresponde a la esfera intervencionista del Estado, así como las demás medidas tomadas en su desarrollo por la Comisión Nacional de Valores, como las consagradas en la resolución 009 de 1988, sin desbordar los límites que le son propios, atendiendo al ordenamiento superior y esencialmente respondiendo a su propia naturaleza de entidad de policía administrativa económica y al objeto para el cual fue creada. El poder de intervención del Estado en la economía implica restricción a las libertades públicas y a los derechos individuales.

COMISION NACIONAL DE VALORES-Naturaleza/POLICIA ADMINISTRATIVA/SANCIONES-Clases

La Comisión Nacional de Valores entidad de policía administrativa económica por medio de la cual el Estado realiza su función de intervención en la economía en el campo específico de valores, su accionar discurre a través de dos tipos de medidas: las de carácter puramente preventivo y las sancionatorias o de carácter represivo. Con respecto a las primeras, que buscan evitar la causación de un daño o que se continúe causando es indudable que le fueron atribuídos por el artículo 9o., de la Ley 32 de 1979 a voces de la Ley 32 de 1979 dichas funciones no están limitadas a la autorización de la oferta pública de valores inscritos, ni a la actuación como simple oficina de registro, sino que se extienden a campos de la actividad general de protección de los intereses de mercado de valores y tienden a la protección de los inversionistas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expedientes Nos. 3194 y 2549. Acumulados. Actor: Alvaro Tafur Galvis y Jorge Fernández Santamaría. Autoridades Nacionales. Fallo.

Decide la Sala la acción de nulidad interpuesta separadamente por los ciudadanos Alvaro Tafur Galvis c.c. No. 17.105.654 y Jorge Fernández Santamaría c.c. No. 529.960, contra la resolución 009 expedida el 19 de octubre de 1988 por la Sala General de la Comisión Nacional de Valores.

ANTECEDENTES

La Comisión Nacional de Valores invocando el ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente la conferida por el artículo 9o. ordinal 18 de la Ley 32 de 1979, en concordancia con los artículos 7o. (sic) del Decreto 2920 de 1982; 27 (sic) del Decreto 3227 de 1982; 6o. ordinales 4o. y 5o. del Decreto 831 de 1980, expidió la resolución 009 del 19 de octubre de 1988 por medio de la cual se reglamentaron los fondos de garantías que debían constituir las sociedades comisionistas de bolsas, de acuerdo con la exigencia contenida en el artículo 34 del Decreto 2969 de 1960.

Para el efecto, el artículo 1o. de la resolución acusada impone a las sociedades comisionistas miembros de cada bolsa de valores, la obligación de organizar y constituir un fondo de garantías cuyo objeto exclusivo es el de responder a los clientes de dichas sociedades, por el cumplimiento de las obligaciones de entrega, o la restitución de valores o dineros por ellas contraídas en virtud de los contratos de comisión o de administración de los mismos bienes.

Para efectos de la modalidad a adoptar por los Fondos de Garantías a constituirse, el artículo 2o. de la resolución señaló que debían hacerse bajo la forma de un patrimonio autónomo o de una persona jurídica con objeto exclusivo, y los artículos 3o., 4o. y 6o. determinaron el monto mínimo del patrimonio de cada fondo a partir de 1991, tomando por parámetro, el porcentaje del 0.24% del valor de operaciones realizadas en el año anterior y el porcentaje del 2.12%, sobre el valor de operaciones de 1987 para aportes al Fondo desde el momento de su creación hasta el 30 de septiembre de 1989, y del 0.24% sobre la misma base a septiembre 30 de 1990. Señala cómo y donde deben invertirse los recursos del Fondo, la capitalización de utilidades y el modo de distribución de los mismos, cuando el Fondo se constituya bajo la forma de sociedad, o cuando se constituyan como patrimonios autónomos.

Los artículos 5o., 7o. y 8o., señalan las informaciones que los Fondos deben rendir ante la Comisión Nacional de Valores, el envío de estados financieros, la aprobación previa por parte del Presidente de la Comisión de los estatutos y reglamentos de los Fondos de Garantías, junto con las reformas que sean necesarias.

Determina así mismo, la obligación de señalar expresamente en los estatutos las modalidades de plazo y condiciones en las que los Fondos responderán ante los clientes

de las sociedades comisionistas y los procedimientos para reembolsos de éstos al Fondo de las sumas que éste haya pagado por ellas. Prevé así mismo, el término de duración del Fondo que debe ser igual al de la Bolsa respectiva y su prórroga, de ser el caso, y la obligación de las Bolsas de Valores de divulgar ampliamente los derechos que tienen los clientes de las sociedades comisionistas frente a dichos Fondos de Garantías.

Por último el artículo 9o., señaló el término en el cual las Bolsas de Valores debían presentar el proyecto de creación de cada fondo incluídos estatutos y reglamentos a la Comisión Nacional de Valores para efectos de la autorización previa.

LAS DEMANDAS

Las demandas, en síntesis, formulan como cargos a la Resolución 009 del 19 de octubre de 1988, los siguientes:

PRIMER CARGO: Incompetencia de la Sala General de la Comisión Nacional de Valores para expedir la resolución No. 009 del 19 de octubre de 1988.

Los actores consideran que la Sala General de la Comisión Nacional de Valores, se arrogó competencias no otorgadas ni por la Ley 32 de 1979, ni por los Decretos 831 de 1980, 1172 de 1980 y 2969 de 1960, incurriéndose en la causal para la acción de nulidad señalada en el artículo 84 del C.A. Igualmente, transgredió los artículos 2o., 12 y 76 numerales 1 y 2 y 55 de la Constitución Nacional.

Concretan los cargos de violación, manifestando que la Comisión Nacional de Valores al expedir la resolución acusada:

Se arrogó competencias que no le otorgaban ni la Ley 32 de 1979 (artículos 9 y 12) ni el Decreto 831 de 1980 (artículo 6), ni el decreto Ley 1172 de 1980 como tampoco el Decreto 2969 de 1960, pues ninguno de ellos le autoriza a imponer la creación de Fondos como los regulados en la resolución 009 y menos la faculta para regular lo atinente a las personas jurídicas o patrimonios autónomos, pues evidentemente la Constitución Política reserva privativamente a la ley la determinación de la capacidad, el reconocimiento y en general el régimen de las sociedades y demas personas jurídicas, por lo tanto, la Comisión Nacional de Valores, al expedir la resolución "por la cual se reglamentan los Fondos de Garantías" que deben constituir las sociedades comisionistas de Bolsa, excedió las atribuciones legales que fundan y condicionan su acción para invadir un ámbito constitucionalmente asignado de manera privativa a la ley e incurriendo así en las causales que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tipifica como violación de la ley e incompetencia de la autoridad y funcionario que expide el acto administrativo.

Citan en apoyo de sus argumentos la sentencia de la Corporación del 14 de junio de 1974, que resolvió las demandas contra los decretos del Gobierno Nacional por medio de los cuales se crearon los "Fondos Regionales de Capitalización Social" como personas jurídicas; y las providencias del 19 de junio de 1978, Sección Primera, que

suspendió provisionalmente las disposiciones expedidas por la Superintendencia Nacional de Cooperativas y la del 16 de noviembre de 1983, que declaró la nulidad del decreto 4143 de 1981, expedido por el Presidente para reglamentar la Ley 24 de 1981, en relación con sociedades portuarias; y la del 26 de julio de 1982, que anuló el artículo 1o., de la resolución 010 del 25 de septiembre de 1980, por cuanto tifipicó una nueva categoría de sociedad anónima.

Estiman así mismo, que la resolución 009 de 1988 violó los artículos 2. 20 y 55 de la Constitución Nacional, pues las violaciones constitucionales y legales en que incurrió la Comisión antes señaladas comportan, consecuencialmente la transgresión de las reglas consignadas en los artículos 2o., 20 y 55 de la Constitución Nacional, pues al exceder su propia competencia, contrariar las normas de superior jerarquía e invadir el ámbito normativo constitucionalmente reservado al legislador, omitió la observancia de los preceptos que ordenan que "los poderes públicos se ejercerán en los términos que esta Costitución establece (artículo 2o.)", que los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución y las leyes "y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas" (artículo 20) y que el Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.

Consideran que las materias reguladas por la resolución 009 son de competencia exclusiva del legislador y que por lo tanto la Comisión Nacional de Valores, desconoció el artículo 76 numerales 1o. y 2o. de la Constitución Nacional, y a su vez modificó y adicionó las normas legales contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio.

SEGUNDO CARGO: Violación del Derecho de Asociación y de Propiedad:

Lo sustentan afirmando que la resolución 009 de 1988 artículos 1o. y 2o. al imponer a las sociedades comisionistas de Bolsa reguladas por el Decreto 1172 de 1980, la obligación de asociarse, para asumir conjuntamente, bien en el seno de una nueva sociedad o mediante la forma de un patrimonio autónomo, la responsabilidad que a cada uno de ellos corresponde por el cumplimiento de las obligaciones de entrega o restitución de valores o dineros que los mismos hayan contraído en virtud del contrato de comisión o de administración de tales valores, violó el artículo 44 de la Constitución Nacional, pues restringe sin estar autorizada legalmente para ello la libertad de asociación contenida en dicho ordenamiento. Se cita como sustento la sentencia de la Corte Suprema del 17 de febrero de 1976. Así mismo, en cuanto a lesión del derecho de propiedad privada se afirma que la Comisión carecía de competencia, para desconocer los derechos adquiridos, al obligar a las personas jurídicas a asociarse, invertir sus patrimonios, disponer sus rendimientos y determinar la distribución de utilidades.

TERCER CARGO: Violación a los artículos 1494 y 1568 del Código Civil.

Expresan los actores que la resolución viola los artículos 1494 y 1568 del Código Civil en concordancia con el artículo 822 del Código de Comercio, ya que cuando la

Comisión Nacional de Valores impone sin que mediara norma legal, solidaridad entre las sociedades comisionistas, miembros de cada Bolsa de Valores, contradice las normas citadas que señalan la fuente de las obligaciones y la solidaridad en ellas previstas, que debe ser expresamente declarada en el contrato en todos los casos en que no la establece la ley.

CUARTO CARGO: Violación de los artículos 98, 101, 123, 196, 155, 266, 454 y 455 del Código de Comercio.

Manifiestan que la resolución impugnada al obligar a las sociedades comisionistas a organizar un ente jurídico con el fin de constituir un Fondo de Garantías, bien como persona jurídica, o como patrimonio autónomo, viola tanto el artículo 98 como el 101, que consagran que la sociedad es un contrato y para que éste, sea válido se requiere capacidad y libre consentimiento de los asociados, no pudiendo el Estado obligar a persona alguna a asociarse sin que así lo desee.

De igual manera, agregan, que a ningún asociado le puede ser impuesta la obligación de aumentar o reponer su aporte por voluntad extraña, así como también no le puede ser impuesta la obligación de no repartir utilidades, por cuanto esta determinación sólo puede provenir de la decisión del órgano social, y menos obligar a capitalizar las utilidades, pues, esta medida corresponde adoptarla, de igual manera, al órgano social máximo de la sociedad.

QUINTO CARGO: Violación al artículo 39 de la Constitución Nacional.

Estiman que la Comisión Nacional de Valores con la resolución expedida, violó también el artículo 39 inciso 1o. de la Constitución Nacional, pues cuando aquella, desconociendo las funciones otorgadas por la Ley 32 de 1979 y el contenido del Decreto Ley 1172 de 1980, que regula la actividad de los comisionistas de Bolsa, prescribe los deberes a cargo de éstos, las condiciones dentro de las cuales deben cumplirse por parte de las sociedades comisionistas la actividad comercial, los efectos de la infracción a las mismas normas, las garantías que deben constituirse a favor de la Bolsa y les impone exigencias no previstas en la ley, como la de participar obligatoriamente en la constitución y organización de los Fondos de Garantías, se inmiscuyó en la reglamentación de una profesión u oficio, campo que la Constitución tiene reservado al legislador.

OPOSICION A LA DEMANDA:

La Entidad demandada mediante apoderado debidamente constituído, se opone a las pretensiones de nulidad de la resolución acusada que impetran las demandas, exponiendo básicamente que:

1o.) Acerca de la Naturaleza de las Funciones de la Comisión Nacional de Valores. Que la Ley 32 de 1979, tal como lo señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo de 1981, es una ley de intervención en la economía en desarrollo del mandato consagrado por el artículo 32 de la Constitución Nacional,

sin que pueda pretenderse como lo hacen las demandas, desconocer el sentido de esta norma tal como ha sido interpretado por la Corte Suprema de Justicia y el Honorable Consejo de Estado ya que en virtud de este precepto el legislador adquirió la facultad de intervenir en la economía, adicionando así las otras restricciones que podía imponer en desarrollo de las facultades que le confiere la Carta, y que implican las restricciones a la libertad económica individual que fueron necesarias para lograr la prevalencia del interés común.

Que en el esquema de la reforma constitucional de 1936 es evidente que las medidas intervencionistas del Estado deben ser dictadas por el legislador, por lo que cualquier disposición de este tipo requería una ley aprobada con el *quórum* especial que preveía el artículo 31, y el Gobierno sólo podía proferir los decretos reglamentarios que fueran necesarios y las demás entidades administrativas sólo podían expedir las resoluciones indispensables para la cumplida ejecución de la ley.

Pero que, esta estructura fue cambiada radicalmente por el acto legislativo No. 1 de 1945, al establecer que el "Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho". Que el cambio de redacción que como consta en los antecedentes de la reforma, buscó establecer un régimen flexible en materia de intervención con el fin de evitar que para realizarla fuera necesario que el legislador precisara en todos los detalles el contenido de dichas medidas de intervención.

Cita en apoyo la sentencia de la Corporación del 6 de mayo de 1974, Consejero Ponente Doctor Arango Henao y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida al declarar la constitucionalidad de la Ley 32 de 1979 (G.J.T. 144 No. 2405 pág. 155) cuyos apartes transcribe, para concluir que aceptar que las medidas de intervención del Estado, que desde 1945 puede establecer el Gobierno, no pueden afectar materias que se encuentren reglamentadas por la ley, conlleva a privar de contenido la facultad que tiene el Estado de intervenir en la economía por mandato del legislador, pues cualquier actividad económica está sujeta por lo menos a las reglas generales del Código Civil y del Código de Comercio.

2o.) Fundamento legal del Fondo de Garantías.

Que con el fin de determinar si la orden de constitución del Fondo de Garantías, contenida en la resolución 009 de 1988 se enmarca dentro del mandato de intervención económica contenido en la Ley 32 de 1979, es indispensable analizar si las normas acusadas se refieren a la actividad económica objeto de la dicha intervención, si son congruentes con tales finalidades, y si finalmente la medida encaja dentro de aquellas que según la Ley 32 de 1979 y los Decretos 2969 de 1969, 1172 de 1980 y 2920 de 1982, puede adoptar la Comisión Nacional de Valores.

Que en relación con la Ley 32 de 1979, los actores no controvierten que la medida se refiere al mercado público de valores, y que en concreto regula una categoría la más importante de los intermediarios institucionales en el mercado público de valores. Es decir, que la medida se refiere sin duda al sector objeto de la intervención, esto es, el mercado público de valores, tal cual ha sido definido por el artículo 6o. de la Ley 32 de 1979.

Que finalmente de la intervención por parte de la Comisión Nacional de Valores, según el artículo 1o. de la Ley 32 de 1979 es adoptar medidas que tengan por objeto estimular, organizar y regular el mercado público de valores. Y sin duda, un elemento fundamental para la organización y promoción del mercado es la adopción de medidas que protejan los intereses de los inversionistas. Considera que las facultades específicas que se encuentran en el artículo 9 numeral 18 de la Ley 32 de 1979 que autorizan a la Comisión Nacional de Valores para:

> "Adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata esta ley".

También lo autorizan para tomar otras medidas adicionales a las ya expresamente consagradas en la norma, como puede inferirse de las ponencias para debate de la ley.

Estima que en tales medidas está sin duda la de exigir garantías, hecho que resulta obvio, de acuerdo con el tenor literal de la norma y dado el significado que del término señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, dentro de éstas queda comprendido la constitución del Fondo de Garantías, que no es más que una medida que encaja en las facultades de la Comisión Nacional de Valores, por ser un sistema de protección de inversionistas.

Protección que supone que por lo menos, exista transparencia en el mercado y que los inversionistas no vean sustraído el dinero producto de sus inversiones o los valores en que éste está representado. Propósitos que se logran con las facultades que otorga el artículo 9 ordinal 18, junto con las demás que le confiere la ley a la Comisión y en virtud de las cuales puede exigir informaciones, impartir instrucciones, exigir publicaciones, etc. Por lo que ha de entenderse que el artículo 9 ordinal 18, al facultarla para adoptar las demás **medidas** de protección necesarias, se estaba refiriendo a otros aspectos dentro de los cuales es particularmente relevante la existencia de un sistema de garantías para protección de los inversionistas.

Para justificar la creación de los Fondos de Garantías, expone que los perjuicios soportados por los inversionistas durante el año de 1988, se debió a que el esquema clásico de garantías individuales existente en las Bolsas fue insuficiente, y pretender incrementar dichas garantías hasta lograr cuantías que correspondieran al valor de las defraudaciones que se produjeron, era improcedente,

porque la gran mayoría de las sociedades comisionistas, por no decir que todas ellas, estaban en incapacidad de prestar garantías individuales de fácil realización. Por lo que, si la facultad de intervención de la Comisión Nacional de Valores le permite adoptar sistemas de protección y si sólo los sistemas colectivos son adecuados para tal fin, es evidente que ésta tenía facultad para regularlos y ordenarlos.

Luego de exponer su criterio acerca de la interpretación auténtica de la Ley 32 de 1979 por el propio legislador con oportunidad de la expedición de las Leyes 27 de 1990 (artículo 11) y 45 de 1990 (artículo 89), concluye con relación a los cargos de la demanda.

a) Que no hubo violación del artículo 12 de la Constitución Nacional por ausencia de competencia de la Comisión Nacional de Valores para expedir el acto administrativo impugnado, porque considera que la interpretación hecha por los demandantes al exponer el cargo choca con el propósito del constituyente de 1945, que dispuso una intervención amplia en la economía, sin sustraer de ella ningún sector ni a persona alguna como sujeto de dicha intervención.

Que por demás, aceptar que las medidas de intervención no puedan establecer limitaciones en el régimen de las personas jurídicas implica privar de efecto la intervención, pues es una realidad del sistema económico colombiano que las actividades económicas fundamentales se desarrollan a través de personas jurídicas.

Cita en apoyo de su tesis la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de septiembre de 1992, y sostiene que la invocada por el demandante doctor Jorge Fernández, no es aplicable como regla general, para todo acto de intervención, porque la sentencia de nulidad del Consejo de Estado se funda en que el mandato de intervención contenido en el artículo 120 ordinal 14, tiene un ámbito de aplicación claramente determinado por la Constitución que no permite establecer las reglas contenidas en los decretos anulados. que crearon los Fondos Regionales de Capitalización Social, pero que no puede extenderse a todo acto de intervención porque este se basa en el contenido de un mandato específico y concreto.

Que tampoco la sentencia del 26 de julio de 1982 proferida en el Juicio 3653, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 1o. de la resolución 010 de 1980, puede aplicarse a la resolución ahora acusada, porque la determinación de la Comisión Nacional de Valores de exigir la constitución de un Fondo de Garantías tiene claro fundamento en el numeral 18 del artículo 9 de la Ley 32 de 1979 y porque además, mientras la resolución 010 establecía una categoría o clasificación de las sociedades comerciales, la resolución 009 de 1988 prevé un mecanismo de protección al público inversionista. Y finalmente, porque la Comisión Nacional de Valores no crea una figura jurídica nueva sino que acudió

a las existentes en nuestra legislación, y dio facultad a las sociedades comisionistas de optar por cualquiera de las dos figuras jurídicas reguladas por la ley.

b) Que tampoco se dio la violación del artículo 30 de la Constitución Nacional, porque el derecho amparado por la norma, según lo precisa la Corte Suprema de justicia, es "la efectividad de una situación jurídica que la ley previó y amparó" y que por lo mismo han creado a sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado, y por consiguiente para la prosperidad del cargo, es menester establecer que existe una norma, que se ha cumplido un supuesto jurídico previsto por dicho precepto y que por consiguiente, la persona respecto de la cual se realizó el supuesto jurídico, es titular de una situación jurídica; pero en el caso que se examina es evidente que no puede afirmarse que exista violación de un derecho adquirido, ya que por una parte no existe norma que establezca que las sociedades comisionistas estaban exentas de prestar una garantía colectiva como lo es el Fondo de Garantías, y por la otra, cuando se alega que al establecer la obligatoriedad del Fondo y disponer reglas para su funcionamiento, al no poder disponer los comisionistas de los recursos del Fondo, sobre la administración del mismo, se está invocando una situación que no existía.

c) Con relación al cargo de violación del artículo 44 de la Constitución Nacional, dice el oponente, que tampoco el acto administrativo acusado incurrió en violación de tal norma, pues el derecho de asociación allí consagrado, no es absoluto sino limitado. Cita para el efecto la sentencia proferida por la Corte Suprema de justicia del 17 de febrero de 1976, al declarar la constitucionalidad de la Ley 42 de 1972.

d) Estima que tampoco se da la violación de los artículos del Código de Comercio señalados por los actores, porque, en primer lugar, no prosperaría el cargo para las garantías constitucionales bajo la figura de "patrimonios autónomos ", y, en segundo lugar, porque los actores se refieren básicamente a las restricciones del derecho de asociación, que de acuerdo con la Constitución Nacional no es ilimitado. Y que tampoco por el hecho de señalar la Comisión Nacional de Valores la inversión de los recursos del fondo en valores de alta liquidez, se está sustituyendo la administración del Fondo por parte del Estado, pues la norma siemplemente establece unos límites con el fin de asegurar que se conserve la garantía; límites que son fijados mediante normas generales y no en cada caso particular.

Que tampoco existe violación de los artículos 155 y 454 del Código de Comercio referidos a reparto de utilidades, porque siendo la constitución del Fondo un medio de garantía, a el debe aplicarse los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico en estas materias para asegurar que la misma se conserve y cumpla su finalidad. Pues es principio legal, que los frutos que produce el bien que se entrega en garantía incrementa la misma (artículos 2448, 2445, 2446 del Código Civil y 1218 del Código de Comercio).

Con relación al cargo de violación de los artículos 266 y siguientes del Código de Comercio, que establecen la vigilancia de las sociedades, que debe ser ejercida por el Presidente de la República a través de la Superintendencia de Sociedades, advierte que el artículo 88 de la Ley 45 de 1990 señala expresamente que corresponde a la Comisión Nacional de Valores, en los términos previstos para las Bolsas de Valores y los Comisionistas de Bolsa, la inspección y vigilancia sobre las sociedades que tengan por objeto la calificación de valores y los Fondos de Garantías que de acuerdo con las disposiciones de la Comisión Nacional de Valores se constituyan en el mercado público de valores.

Que en ningún momento la resolución acusada dispone que la Comisión Nacional de Valores ejerza las funciones de inspección y vigilancia que corresponden a la Superintendencia Bancaria, no las desconoce, por el contrario el artículo 5o. señala que la información que debe remitirse a la Comisión Nacional de Valores, es sin perjuicio de las obligaciones que puedan tener los Fondos respecto de las respectivas entidades de vigilancia.

e) Con similares consideraciones a las anteriores, especialmente referidas a la facultad de intervención del Estado en la economía, estima que no hay violación de las normas del Código Civil que establecen la solidaridad, pues no es cierto que la resolución establezca esta figura entre las sociedades comisionistas, pues el cliente sólo puede dirigirse contra la sociedad accionista incumplida y en el evento, que ésta no cumpla, acudir al Fondo de Garantías, de manera tal que ni siquiera existe verdadera solidaridad entre el Fondo de Garantías y la sociedad que incumple.

Que por demás, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 153 de 1887 las obligaciones nacen de la ley y se expresan en ella, razón por la cual una obligación que se consagre en una determinada disposición, se sujeta a las reglas particulares que para el efecto establezca la norma que impone la obligación. Y si de acuerdo con las normas, la Comisión Nacional de Valores tenía facultades para exigir la constitución de la garantía colectiva bajo la constitución de un Fondo, también tenía competencia para establecer las reglas pertinentes a que debe sujetarse dicha obligación.

Que tampoco la Comisión Nacional de Valores incurrió en violación de las normas legales que la crean, organizan y determinan sus funciones y atribuciones porque la facultad otorgada por el artículo 19 (sic) ordinal 18 de la Ley 32 de 1979, como lo exponen los demandantes, debe armonizarse con los artículos 10 del Decreto 1172, de 1980 y el 34 del decreto 2969 de 1960, el primero de los cuales ordena a las sociedades comisionistas constituir garantías a favor de la respectiva Bolsa, de acuerdo con las instrucciones que sobre el particular imparta la Comisión Nacional de Valores, en el segundo, que ordena a las Bolsas exigir a sus miembros caución suficiente para responder por el cumplimiento de sus obligaciones. Si de acuerdo con los artículos 34 del Decreto 2969 de 1960 y 10

del Decreto 1172 de 1980, la Comisión Nacional de Valores, podía impartir instrucciones en materia de garantías a los comisionistas de Bolsa, no hay razón para que no pueda exigir la constitución de un Fondo de Garantías, que por lo demás no implica, por no establecerla la resolución, solidaridad.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Los Demandantes:

La Sala observa que tan sólo uno de los actores presentó alegato de conclusión.

En resumen, el actor se limita a hacer un recuento de la demanda, de su contestación y finalmente confronta algunos de los cargos contenidos en el escrito de la demanda con la contestación de la misma.

Manifiesta, que del análisis de las disposiciones orgánicas y funcionales de la Comisión Nacional de Valores, por el mandato de intervención, ésta no podía desbordar el texto y contexto de la propia ley.

Se reafirma en la sentencia del Consejo de Estado del 26 de julio de 1982, por medio de la cual se anuló la resolución No. 010 del 25 de septiembre de 1980, expedida también por la Sala General de la Comisión y en la que se tipificó "una categoría de sociedad anónima, la de capital abierto, fijando los requisitos que han de cumplirse para que se configurara" (folios 263 y 264 del expediente).

Sobre éste mismo punto expresa "...es indudable que de las regulaciones de la resolución 009 de 1988, surgen unas personas jurídicas y un régimen de relaciones jurídicas diferentes de los tipificados legalmente". Y continúa, "En efecto, además de establecer una clase especial de sociedad de objeto exclusivo, la resolución determina particulares regímenes de inversiones, que menoscaban, sino anulan, la autonomía que ordinariamente corresponde a las personas jurídicas, al tiempo plantea regímenes también especiales de destinación de las utilidades imponiendo restricciones a los derechos legalmente establecidos de los socios" (folio 265 del expediente).

Igualmente reitera el análisis hecho en la demanda, frente al alcance de las expresiones contenidas en el artículo 9o, numeral 18, de la Ley 32 de 1979, y 6o. ordinales 4o. y 15, del Decreto 831 de 1980, en relación con la función de la Comisión de "adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata esta ley", y a la Sala General de "adoptar las medidas que conduzcan a la protección de los intereses de los inversionistas; y al respecto expresa: "...no existe, en las disposiciones orgánicas de la Comisión, una determinación explícita de las medidas jurídicas que ella pueda arbitrar con miras a proteger los intereses de los inversionistas en los valores a que se refieren las disposiciones. Por ende, cabría pensar que las medidas idóneas para tal fin son todas las que consideren "necesarias" a juicio de la Comisión".

Por otra parte, señala de exageradas las afirmaciones hechas por la demandada, en el sentido de sostener "que lo relativo a la capacidad y reconocimiento y en general

el régimen de la sociedad y demás personas jurídicas corresponde al legislador" lo llevaría a que las normas que dicte el Gobierno en desarrollo del mandato de intervención sólo pueden referirse a personas naturales".

Reafirma su posición frente a la incompetencia de la Comisión Nacional de Valores, para expedir las normas acusadas, afirmando "que la fuerza legal se ha reconocido sólo de las normas que el Gobierno dicte en virtud de los mandatos de intervención y es evidente que la Comisión Nacional de Valores, organismo administrativo dependiente de un Ministerio, no conforma el Gobierno, según el claro mandato del artículo 57 de la Constitución".

Por último reitera su petición de que se declare nula la resolución 009 de 1988, expedida por la Sala General de la Comisión Nacional de Valores.

La Demanda

El apoderado de la Comisión Nacional de Valores en sus alegatos de conclusión, reitera los argumentos expuestos en los dos escritos de contestación de las demandas.

Agrega, que de acuerdo con la nueva Constitución Política "la Comisión Nacional de Valores tendrá el carácter de Superintendencia, de esta manera el constituyente partiendo de la base que la Comisión nacional de Valores tenía la facultad de intervenir en el sector bursátil, quiso evitar que la nueva atribución de competencia al Presidente de la República produjera una solución de continuidad en dicha intervención y por ello previó que la Comisión Nacional de Valores tendría el carácter de Superintendencia, con el fin de que esta entidad pudiera actuar como delegataria del Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 211 de la Constitución Política de 1991" (Folios 153 y 154 del expediente).

Igualmente, hace énfasis en que el legislador en dos oportunidades ha hecho interpretación autentica de la Ley 32 de 1979 y sus disposiciones "para señalar que la Comisión Nacional de Valores tiene facultades para establecer fondos de garantías en el mercado público de valores.

Al efecto, transcribe las normas al respecto:

"El artículo 11o. de la Ley 27 de 1990, establece:

"Los fondos de garantías que se constituyan en las Bolsas de Valores, de acuerdo con la reglamentación que dicte la Comisión Nacional de Valores, y que adopten la forma de un contrato de fiducia mercantil ni estarán sujetos al límite de veinte años de duración previsto en el artículo 1230 numeral 3o. del Código de Comercio (folio 155 del expediente).

"10. Para eliminar inconvenientes de orden práctico en cuanto a los Fondos de Garantías **que ordene constituir la Comisión Nacional de Valores, en uso de sus actuales facultades legales,** cuando éstos adopten la forma de un contrato de fiducia mercantil, se les excepciona del término mínimo de veinte

años que, por vía general prevé el Código de Comercio, mediante la inclusión de un nuevo artículo" (Se subraya) (folio 155 del expediente).

"El artículo 89 de la Ley 45 de 1990 dispone:

"Corresponderá a la Comisión Nacional de Valores ejercer en los términos previstos para las bolsas de valores y las sociedades comisionistas de bolsa, la inspección y vigilancia sobre las sociedades cuyo objeto sea la calificación de valores **y los Fondos de Garantías que de acuerdo con las disposiciones de la Comisión Nacional de Valores se constituyan en el mercado público de valores.** (Folio 156 del expediente,

Finalmente, reitera su solicitud de que se nieguen las pretensiones de las demandas.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante la jurisdicción, estima que la Sala debe abstenerse de declarar la nulidad del acto acusado, expresando que comparte en líneas generales las apreciaciones del apoderado de la Comisión Nacional de Valores, en razón a que la intervención del Estado en la economía debe estar dirigida a garantizar el ejercicio de los derechos de los llamados sujetos económicos, mediante el desarrollo de mecanismos eficaces que controlen y fiscalicen esa actividad, para poder garantizar el equilibrio económico y afianzar el bienestar general de la comunidad.

Señala cómo la intervención se hace sentir en todo el proceso de actividad económica, y que en estas tareas de control y fiscalización estaba la función policiva de carácter económico y la de vigilancia del desarrollo de la política general trazada por el Gobierno, hecho que implica restricciones a la libertad dentro del contexto jurídico de que "todos los sujetos que integran o constituyen una organización están sujetos a limitaciones en el ejercicio de sus derechos".

Expone que la Ley 32 de 1979, tal como la calificó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de mayo 15 de 1981, que juzgó su constitucionalidad, es francamente intervencionista ya que está encaminada hacia la actividad financiera ejercida por ciertas entidades, de las cuales no escapan los intermediarios de valores.

Que estudiadas con detenimiento las funciones específicas de la Comisión Nacional de Valores, se observa que todas están dirigidas a la función básica de propender por la estimulación, regulación y organización del mercado público de valores, para concluir, que en ejercicio de todas ellas, se desarrolla la intervención del Estado y viene a proteger los bienes y derechos de los particulares ante la creciente concentración de capitales. Cita apartes de la tesis de grado de Bernardo Henao Jaramillo sobre el mismo tópico, y concluye que en verdad, en el mundo moderno ha cambiado sustancialmente la concepción predominante sobre la libertad que implica restricción, limitación o eliminación de las libertades tradicionales, especialmente en el campo económico.

Expone consideraciones sobre la "Intervención en la concepción jurisprudencial" para deducir que la intervención autorizada en la Ley 32 de 1979, desarrolla el artículo 32 de la Constitución Nacional de 1886, y que en el llamado esquema de la reforma de 1936, aparece evidente la incursión del legislador a quien sólo incumbía su reglamentación por medio de leyes, y al Gobierno las normas indispensables para su cumplimiento, pero que fue en 1945 cuando el poder del Estado se hizo más evidente en manos del Gobierno. Transcribe como fundamento, apartes de la sentencia de mayo de 1974 de esta Corporación, para exponer que dicho comportamiento jurisprudencial no puede tomarse aisladamente sin reparar en la reforma constitucional de 1968.

Concluye, que es certera la concepción del abogado de la parte demandada cuando afirma que "...se puede concluir que el constituyente al establecer que el Estado debe cumplir el mandato de intervención, dotó a los órganos del ejecutivo, designados por el legislador para tal efecto, de facultades para establecer las restricciones a la libertad económica que fueron necesarias obviamente en adición a las que establece la ley".

Que de igual manera, participa de la concepción jurídica del mismo abogado cuando afirma: "En efecto de conformidad con el artículo 32 de la Carta, la intervención por mandato de la ley la realiza el Estado. Por consiguiente, el legislador al ordenar una intervención, puede establecer que un órgano específico del Estado y no el Gobierno entendiendo por éste al Presidente de la República y su respectivo Ministro o jefe de Departamento Administrativo efectúe la intervención. Pues desde este punto de visita el constituyente no estableció ninguna distinción respecto del alcance de intervención expedida en desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política, según que los mismos provengan del Gobierno o de otra autoridad pública, por lo que tanto el acto que expide el Gobierno como el acto que expide otra autoridad jurídica, en desarrollo de un mandato legal, tienen la virtualidad de establecer restricciones a la libertad económica, adicionales a las previstas por el régimen ordinario del Código de Comercio".

Con relación a los Fondos de Garantías, estima que de lo dispuesto en los artículos 1o. de la Ley 32 de 1979, 34 del Decreto 2969 de 1960 y 7o. numeral 6o. del Decreto 1172 de 1980, aunado especialmente con lo establecido por el artículo 11 de la Ley 27 de 1990, que estatuyó (sic) los Fondos de Garantías y que facultó a la Comisión Nacional de Valores para su adecuada reglamentación, no hay duda que ésta tiene un campo de acción amplio, tal como debe ser un órgano que desarrolla la intervención del Estado en la economía por mandato de la ley, la cual debe entenderse como intervención estructural, con amplio espectro operacional, dinámico y eficaz en orden a lograr la protección real de los inversionistas; por lo cual, no puede resultar estraño que la misma Comisión Nacional de Valores hubiere evaluado las circunstancias particulares y peculiares del mercado de valores, dentro de un criterio de conveniencia que escapa al juicio del sentenciador, para adoptar los sistemas de protección autorizados por mandato legal.

Afirma entonces, que si por disposición legal, se autorizó la creación de los Fondos de Garantías, no parece lógico que dentro de la concepción francamente intervencio-

años que, por vía general prevé el Código de Comercio, mediante la inclusión de un nuevo artículo" (Se subraya) (folio 155 del expediente).

"El artículo 89 de la Ley 45 de 1990 dispone:

"Corresponderá a la Comisión Nacional de Valores ejercer en los términos previstos para las bolsas de valores y las sociedades comisionistas de bolsa, la inspección y vigilancia sobre las sociedades cuyo objeto sea la calificación de valores **y los Fondos de Garantías que de acuerdo con las disposiciones de la Comisión Nacional de Valores se constituyan en el mercado público de valores.** (Folio 156 del expediente,

Finalmente, reitera su solicitud de que se nieguen las pretensiones de las demandas.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante la jurisdicción, estima que la Sala debe abstenerse de declarar la nulidad del acto acusado, expresando que comparte en líneas generales las apreciaciones del apoderado de la Comisión Nacional de Valores, en razón a que la intervención del Estado en la economía debe estar dirigida a garantizar el ejercicio de los derechos de los llamados sujetos económicos, mediante el desarrollo de mecanismos eficaces que controlen y fiscalicen esa actividad, para poder garantizar el equilibrio económico y afianzar el bienestar general de la comunidad.

Señala cómo la intervención se hace sentir en todo el proceso de actividad económica, y que en estas tareas de control y fiscalización estaba la función policiva de carácter económico y la de vigilancia del desarrollo de la política general trazada por el Gobierno, hecho que implica restricciones a la libertad dentro del contexto jurídico de que "todos los sujetos que integran o constituyen una organización están sujetos a limitaciones en el ejercicio de sus derechos".

Expone que la Ley 32 de 1979, tal como la calificó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de mayo 15 de 1981, que juzgó su constitucionalidad, es francamente intervencionista ya que está encaminada hacia la actividad financiera ejercida por ciertas entidades, de las cuales no escapan los intermediarios de valores.

Que estudiadas con detenimiento las funciones específicas de la Comisión Nacional de Valores, se observa que todas están dirigidas a la función básica de propender por la estimulación, regulación y organización del mercado público de valores, para concluir, que en ejercicio de todas ellas, se desarrolla la intervención del Estado y viene a proteger los bienes y derechos de los particulares ante la creciente concentración de capitales. Cita apartes de la tesis de grado de Bernardo Henao Jaramillo sobre el mismo tópico, y concluye que en verdad, en el mundo moderno ha cambiado sustancialmente la concepción predominante sobre la libertad que implica restricción, limitación o eliminación de las libertades tradicionales, especialmente en el campo económico.

Expone consideraciones sobre la "Intervención en la concepción jurisprudencial" para deducir que la intervención autorizada en la Ley 32 de 1979, desarrolla el artículo 32 de la Constitución Nacional de 1886, y que en el llamado esquema de la reforma de 1936, aparece evidente la incursión del legislador a quien sólo incumbía su reglamentación por medio de leyes, y al Gobierno las normas indispensables para su cumplimiento, pero que fue en 1945 cuando el poder del Estado se hizo más evidente en manos del Gobierno. Transcribe como fundamento, apartes de la sentencia de mayo de 1974 de esta Corporación, para exponer que dicho comportamiento jurisprudencial no puede tomarse aisladamente sin reparar en la reforma constitucional de 1968.

Concluye, que es certera la concepción del abogado de la parte demandada cuando afirma que "...se puede concluir que el constituyente al establecer que el Estado debe cumplir el mandato de intervención, dotó a los órganos del ejecutivo, designados por el legislador para tal efecto, de facultades para establecer las restricciones a la libertad económica que fueron necesarias obviamente en adición a las que establece la ley".

Que de igual manera, participa de la concepción jurídica del mismo abogado cuando afirma: "En efecto de conformidad con el artículo 32 de la Carta, la intervención por mandato de la ley la realiza el Estado. Por consiguiente, el legislador al ordenar una intervención, puede establecer que un órgano específico del Estado y no el Gobierno entendiendo por éste al Presidente de la República y su respectivo Ministro o jefe de Departamento Administrativo efectúe la intervención. Pues desde este punto de visita el constituyente no estableció ninguna distinción respecto del alcance de intervención expedida en desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política, según que los mismos provengan del Gobierno o de otra autoridad pública, por lo que tanto el acto que expide el Gobierno como el acto que expide otra autoridad jurídica, en desarrollo de un mandato legal, tienen la virtualidad de establecer restricciones a la libertad económica, adicionales a las previstas por el régimen ordinario del Código de Comercio".

Con relación a los Fondos de Garantías, estima que de lo dispuesto en los artículos 1o. de la Ley 32 de 1979, 34 del Decreto 2969 de 1960 y 7o. numeral 6o. del Decreto 1172 de 1980, aunado especialmente con lo establecido por el artículo 11 de la Ley 27 de 1990, que estatuyó (sic) los Fondos de Garantías y que facultó a la Comisión Nacional de Valores para su adecuada reglamentación, no hay duda que ésta tiene un campo de acción amplio, tal como debe ser un órgano que desarrolla la intervención del Estado en la economía por mandato de la ley, la cual debe entenderse como intervención estructural, con amplio espectro operacional, dinámico y eficaz en orden a lograr la protección real de los inversionistas; por lo cual, no puede resultar estraño que la misma Comisión Nacional de Valores hubiere evaluado las circunstancias particulares y peculiares del mercado de valores, dentro de un criterio de conveniencia que escapa al juicio del sentenciador, para adoptar los sistemas de protección autorizados por mandato legal.

Afirma entonces, que si por disposición legal, se autorizó la creación de los Fondos de Garantías, no parece lógico que dentro de la concepción francamente intervencio-

nista del Estado, se le impida la operancia diligente con argumentos de que, limitan la libertad, cercenan la libre asociación, obligan a la solidaridad, entraban la propiedad privada y regulan una profesión.

Termina sus consideraciones exponiendo que a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, la Comisión Nacional de Valores tienen carácter de Superintendencia (artículo 52 transitorio de la Constitución Nacional) dentro de la concepción irradiada en los artículos 189, ordinal 25 y 150 ordinal 19 de la Carta que pregonan la intervención del Presidente de la República en las actividades financiera, bursátil, aseguradora, etc., la que se enfatiza en el artículo 335 *ibídem,* para concluir que " si a la Comisión Nacional de Valores se le dio categoría constitucional de Superintendencia, aparece aún más clara la competencia para regular el funcionamiento de los Fondos de Garantías, ya que estos organismos ejercen funciones que pertenecen privadamente al Presidente de la República dentro de la organización normativa del Decreto 1050 de 1968".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala considera que no debe acceder a la pretensión de los demandantes, por las razones que se expondrán al analizar cada uno de los cargos propuestos, los cuales se estudiarán en el orden atrás reseñado:

PRIMER CARGO: INCOMPETENCIA

En cuanto a la competencia la Sala observa que el acto administrativo expedido, se hizo con base en lo prescrito en los artículos 9o. ordinal 18 de la Ley 32 de 1979, 10o. del Decreto 1172 de 1980, 34 del Decreto 2969 de 1960, 7o. del Decreto 2920 de 1982, 27 del Decreto 3227 de 1982, y 6o. y 15 del Decreto 831 de 1980.

En efecto, la Comisión Nacional de Valores, que fue creada por la Ley 32 de 1979, como organismo vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, tiene como objeto estimular, organizar y regular el mercado público de valores, el cual fue nuevamente reiterado en el artículo 1o. del Decreto-Ley 831 de abril 9 de 1980, que dispuso:

> "Artículo 1o. La Comisión Nacional de Valores es una unidad administrativa especial (esto último fue declarado enexequible por la Corte Suprema de Justicia, sentencia 15 de mayo de 1981), vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico que, dentro de la autonomía administrativa y financiera que se le asigna en la Ley 32 de 1979, y en el presente decreto, tiene por objeto estimular, organizar y regular el mercado de valores".

A su vez. en el artículo 9o. ordinal 18 de la Ley 32 de 1979, se ordenó que dentro de las funciones que le corresponde a la Comisión Nacional de Valores está la siguiente:

> "18. Adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representativas en los documentos que trata esta ley".

Del mismo modo en el Decreto 831 de 1980 "Por el cual se determinan la estructura y organización de la Comisión Nacional de Valores y se asignan funciones a sus órganos

y dependencias externas" se establece como funciones de la Sala General en el Artículo 6o. numerales 4o. y 15, respectivamente:

> "4. Establecer las normas a las que deberá sujetarse la organización y el funcionamiento del mercado, con sujeción a las disposiciones legales".
>
> "15. Adoptar medidas que conduzcan a la promoción y desarrollo del mercado de valores **y a la protección de los intereses de los inversionistas"** (Subraya de la Sala).

Y el Decreto 1172 de 1980, en el numeral 6o. de su artículo 7o. establece como obligaciónes de los comisionistas de bolsa:

> "6 Cumplir estrictamente con las obligaciones que contraigan con la Bolsa y otorgar las garantías que se les exija".

En consecuencia, al revisar las normas legales que crean, atribuyen y regulan las funciones de la Comisión, se encuentra el fundamento a las medidas contenidas en la Resolución demandada, más aún, cuando se trata de medidas de intervención económica, que se desprenden de la Ley 32 de 1979. La Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, en sentencia del 15 de mayo de 1981, Ponente: Dr. Mario Latorre Rueda, con ocasión de la demanda de inexequibilidad instaurada contra la Ley 32 que creó la Comisión Nacional de Valores, dijo:

> "Si se tiene en cuenta estos artículos principalmente aquellos que fijan el objeto de la Comisión y determinan que se entiende por mercado público de valores y las funciones de la Comisión, y se tiene presente lo que es un mercado público de valores que es aquel en que se compran y venden valores (acciones, bonos etc), en una forma pública por distintas personas y del cual forman parte las bolsas de valores que son instituciones en las cuales se realizan estas transacciones, es necesario concluir **que esta ley es de clara e inobjetable estirpe intervencionista"** (Subraya la Sala).
>
> Y continúa, "Se deduce también que, si se trata de intervención del Estado, esta se ejerce únicamente por decretos; esto tampoco es así; la intervención se ejerce por decretos o por **resoluciones** o por otros actos, según el género de medidas que deben adoptarse y según la autoridad que las dicte, pero, cuando se hace por resoluciones éstas deben sujetarse a las normas superiores que regulan la intervención, decretos si los hay, y la ley que la estableció" (Subraya la Sala).

La competencia de la Comisión Nacional de Valores para adoptar las medidas que se cuestionan por los demandantes, surge de la ley misma que la creó, vale decir, de la Ley 32 de 1979, a través de la cual se impone la autorización constitucional de intervención, radicando a su vez en instituciones integrantes de la Rama Ejecutiva, el poder para establecer los instrumentos que permiten su concreción o materialización,

para hacer efectivos los fines que con la medida se persiguen, como es el alcance del pensamiento de la Corte Suprema, que en la sentencia en comento, también afirmó:

> "Esta intervención del Estado, como se dijo, debe ser implantada por la ley misma. Y en este caso, esta intervención se realiza por la Ley 32 de 1979 mediante aquellos artículos que crean la Comisión y sus órganos, establece su objetivo general, fija sus funciones, le da atribuciones para el cabal cumplimiento de ellas, prescribe las sanciones, señala la colaboración con otros organismos, regula los procedimientos contra las providencias que se dicten y determina los recursos económicos con que contará esa Comisión; estos preceptos, si se quiere, y para hacer la distinción, conforman la primera parte de la ley; además, en otros artículos de ella, el 16, se inviste al Presidente de facultades extraordinarias para que reglamente otros aspectos en buena parte complementarios de la Comisión y sus funciones, y que para continuar la distinción, constituyen la segunda parte de la ley".

Precisamente sobre este mismo tópico. esta Sala apoyada en la sentencia del 7 de octubre de 1979, ponente: Dr. Enrique Low Murtra, (Q.P.D.), expuso en sentencia del 25 de septiembre de 1989, Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, lo siguiente:

> "Teniendo entonces claro que la Comisión es una entidad de policía administrativa económica por medio de la cual el Estado realiza su función de intervención en la economía en el campo específico del mercado de valores, es preciso señalar que su accionar discurre a través de dos tipos de medidas; las de carácter puramente preventivo y las sancionatorias o de carácter represivo. Con respecto a las primeras, que buscan evitar la causación de un daño o que se continúe causando, es indudable que de manera general **le fueron atribuídas por el artículo 9o. de la Ley 32 de 1979, cuando dispuso en su numeral 18** que correspondía a dicho organismo "adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata esta ley". Y continúa. "A voces de la Ley 32 de 1979, dichas funciones no están ilimitadas a la autorización de la oferta pública de valores inscritos, ni a la actuación como simple oficina de registro, sino que se extienden a campos de la actividad general de mercado de valores **y tienden a la protección de los intereses de quienes efectúan inversiones en tal mercado. Entre tales funciones destaca la Sala, a más de la ya citada en el artículo 9o. *ibídem,* las consagradas en el artículo 12..."** (Extractos de Jurisprudencia, julio, agosto y septiembre de 1989. Tomo V, Páginas 368 y 369) (Subraya la Sala).

De acuerdo con las jurisprudencias citadas, es claro que la Ley 32 de 1979, corresponden a la esfera intervencionista del Estado, así como las demás medidas tomadas en su desarrollo por la Comisión Nacional de Valores, como las consagradas en la resolución 009 de 1988, sin desbordar los límites que le son propios, atendiendo al ordenamiento superior y esencialmente respondiendo a su propia naturaleza de entidad de policía administrativa económica y al objeto para el cual fue creada.

El poder de intervención del Estado en la economía implica restricción a las libertades públicas y a los derechos individuales y más aún, como lo expresa el Dr. Hugo Palacios Mejía, el intervencionismo del Estado impone "...límites a la posibilidad de las personas que tienen de crear, modificar o extinguir derechos de contenido patrimonial". Y más adelante, agrega: "El actual artículo 32 es un límite general a la garantía general, que contiene la Constitución respecto a la libertad de empresa y de la iniciativa privada" (Palacios Mejía Hugo. "La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano, páginas 226 y 223).

En consecuencia, como bien lo anota la demandada "...carece de fundamento constitucional afirmar que una facultad de intervención no permite establecer restricciones al funcionamiento de las personas jurídicas o limitaciones al desarrollo de una determinada actividad económica...". Y continúa "En este punto vale la pena resaltar que la Comisión Nacional de Valores no creó una figura nueva, sino que acudió a las existentes en nuestra legislación...", y por consiguiente, no violó el artículo 12 de la Constitución Nacional. Tenía necesariamente la Comisión al imponer el mandato legal la oportunidad, como lo hizo, de diseñar un instrumento adecuado para salvaguardar los intereses de los inversionistas con lo cual se consolida el propio de los intermediarios, al garantizar el desarrollo del mercado de valores en un ambiente de seguridad que es la condición necesaria e indispensable para que el centro de contratación que es una bolsa de valores, en el cual se entrecrusan los intereses de los distintos participantes, pueda cumplir a cabalidad la obligación que constituye su razón de ser, que se concreta en lo expresado en el numeral 2do. del artículo 3o. del Decreto 2969 de 1960, cuyo tenor literal es:

> "2) Mantener el funcionamiento de un mercado bursátil debidamente organizado que ofrezca a los inversionistas y negociantes en títulos o valores y al público en general, **condiciones suficientes de seguridad, honorabilidad y corrección"** (Subraya la Sala).

En efecto, como bien lo afirma la demandada, "sin duda un elemento fundamental para la organización y promoción del mercado es la adopción de medidas que protejan los intereses de los inversionistas"; y si los comisionistas de bolsa realizan actividades en nombre propio pero por cuenta ajena, son ellos, y no otros, quienes deben proporcionar los recursos que aseguren la estabilidad del mercado de valores y la defensa del interés particular de los emisores e inversionistas, pues de éstos reciben las ordenes, de comprar o vender.

La Comisión Nacional de Valores, al expedir la resolución acusada, para exigir tal como lo hacen en el artículo 1o. a las sociedades comisionistas de Bolsa, miembros de cada Bolsa de Valores. y sin perjuicio de otras garantías, la constitución de un fondo de garantías con un objeto específico, no se arrogó competencias que no le otorgaba la ley, pues el Estado en ejercicio del mandato de intervención puede establecer regulaciones dentro del marco de la ley que lo autoriza, en éste caso, la Ley 32 de 1979.

Además, la redacción misma del artículo 9o. numeral 18 de la Ley 32 de 1979, permite deducir fácilmente que la Comisión Nacional de Valores contaba con la facultad y atribución legal para apotar otras medidas adicionales a las que expresamente consagra la ley.

En consecuencia, el acto administrativo expedido, en ejercicio del poder intervencionista, al establecer limitaciones a la libertad privada, no incurrió en transgresión a los artículos 12 y 76 de la Constitución Nacional, como tampoco por extensión al 2o. y 55 de la misma Carta.

Por lo visto, la actividad ejercitada por la Comisión al proferir el acto acusado, emanó de competencias otorgadas por la Ley 32 de 1979, el Decreto-Ley 831 de 1980, el Decreto-Ley 1172 de 1980, y el Decreto 2969 de 1960.

La Sala comparte la apreciación formulada por la demandada, sobre interpretación con autoridad efectuada por el legislador sobre el punto materia de análisis, realizada en las Leyes 27 y 45 de 1990.

La primera en su artículo 11, dispuso:

> "Los Fondos de Garantías que se constituyan en las Bolsas de Valores de acuerdo con la reglamentación que dicte la Comisión Nacional de Valores, y que adopten la forma de un contrato de fiducia mercantil no estarán sujetos al límite de veinte años de duración previsto en el artículo 1230, numeral 3o. del Código de Comercio".

La segunda, en su artículo 89, señaló:

> "Corresponderá a la Comisión Nacional de Valores ejercer, en los términos previstos para las bolsas de valores y las sociedades comisionistas de bolsas, la inspección y vigilancia sobre las sociedades cuyo objeto sea la calificación de valores **y los Fondos de Garantías que de acuerdo con las disposiciones de la Comisión Nacional de Valores se constituyan en el mercado público de valores"** (Subraya de la Sala).

Un maestro del Derecho, sobre mercado de valores, escribió:

> "A nadie medianamente versado en materia económica o financiera se le oculta que el mercado de valores mobiliarios es la palanca esencial del sistema capitalista. La demanda de capitales a largo plazo de las empresas debe satisfacerse, precisamente, mediante la emisión de valores -acciones y obligaciones- que suscritos o adquiridos por quienes ofertan capital o ahorro, cierran o deben cerrar el ciclo de oferta demanda de recursos financieros. Recursos financieros que son esenciales para el desarrollo económico. Desarrollo económico que es -dentro de un sistema como el capitalista- meta y, a la vez, medio para la paz social y el propio progreso político".

"Por todo ello, en cualquier economía adscrita al sistema capitalista -o neocapitalista- el mercado de valores mobiliario (mercado de oferta y demanda de recursos financieros) debe funcionar con la máxima perfección posible. Perfección que será inalcanzable si, a su vez, no se logra para todos y cada uno de los instrumentos y protagonistas que en el operan. Perfección que -sería ingenuo pensar otra cosa- será puramente utópica o "formal" si la Administración no tutela y controla adecuadamente el mercado de capitales y a sus protagonistas. **Pocos personajes como los del quehacer económico muestran una más acusada tendencia a abusar de su poder. El control institucional del mercado de valores es indispensable, para evitar abusos y mixtificaciones, aunque sólo en graves momentos se deba intervenir en el directamente. Antes de ello, quizá, deban ponerse las bases indispensables para su adecuado funcionamiento, en el que la libertad, sin tolerar abusos cometidos en su nombre, es esencial."**

"El mercado de valores mobiliarios no es una entelequia, sino una realidad concreta y tangible, aunque ciertamente "misteriosa"para los "habituados ", integrado en sí mismo por variados elementos constitutivos" (Subraya de la Sala) Broseta Pont, Manuel, Estudios de Derecho Bursatil, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1971, P. 15. 16.

SEGUNDO CARGO: Violación del artículo 44 de la Constitución Nacional.

Se alega como consecuencia del cargo anterior, que cuando la resolución demandada impuso la obligación a las sociedades comisionistas miembros de cada bolsa de valores de constituir Fondos de Garantías, mediante la creación de patrimonios autónomos o de personas jurídicas, con el objeto exclusivo de responder a los clientes de dichas sociedades, se restringió la libertad de asociación, sin que para ello existiera autorización legal directa o indirecta derivada de la ley que crea y establece las funciones de la Comisión Nacional de Valores.

No comparte la Sala la anterior apreciación por cuanto como ya quedó dicho en el punto anterior, al diseñar o señalar el instrumento para lograr la estabilidad y seguridad del mercado público de valores -persona jurídica o patrimonio autónomono se está impidiendo ni restringiendo el derecho de asociación que consagra el artículo 44, pues esa libertad existe en tanto el ánimo societatis provenga de la iniciativa particular de quienes quieran materializar este deseo. En efecto, cuando en desarrollo del mandato constitucional de intervenir se ordena una forma común para lograr lo que se pretende con el desarrollo legal, se esta utilizando un canal propio para ello, sin que éste, como es claro advertirlo, se interponga o impida la expresión de voluntad de los particulares a través de cualquier forma asociativa, porque este último procedimiento es producto de la libre iniciativa, contrario a la que ordena la resolución en desarrollo de mandato legal, que se orienta a asegurar la supervivencia e imperio de la iniciativa privada y su participación en un mercado con estructura de economía abierta y ejercicio pleno de la libre competencia.

Más aún, si se aceptara el cargo que se invoca, un acto de intervención impone restricción a las libertades públicas y hasta el momento, como lo dice la demandada, el legislador no ha dicho que la libertad de asociación tenga un tratamiento diferente de las demás libertades públicas. Hay que aceptar, que la libertad individual es soberana en todo lo que concierne exclusivamente al individuo, pero, cuando su accionar o participación toca con los intereses sociales, con frecuencia es necesario, para garantizar la libertad de muchos, restringir la libertad de pocos.

En lo atinente con la lesión del derecho a la propiedad privada, para la Sala, lo dispuesto por el acto administrativo demandado, persigue todo lo contrario, consolidar el desarrollo del mercado público de valores a través del elemento esencial para lograrlo, la confianza que en el mismo tengan emisores e inversionistas. Las Bolsas de Valores como centros de contratación fue facilitan la participación de quienes ofrecen y demandan recursos de capital y aglutinan sus deseos entrecruzados, son hoy por hoy, los ejes centrales de la oferta y demanda de capital, pulmón insustituible del sistema capitalista -el cual hay que proteger de su eficema mortal, la inseguridad y desconfianza-, y para el ejercicio de sus funciones de apalancamiento del desarrollo económico y social requieren de instrumentos legales adicionados que faciliten el proceso de asignación y transferencia de gran parte de los recursos financieros de que dispone la comunidad; por tanto, los mecanismos orientados a tal fin, no lesionan el derecho a la propiedad privada, por el contrario, lo consolidan, y en términos más exactos y precisos, aseguran su imperio y supervivencia. Un mercado de valores pujantes es reflejo fiel de que existe un sector privado dinámico, comprometido en la búsqueda de soluciones colectivas a través del ejercicio libre de la iniciativa privada.

TERCER CARGO: Violación de los artículos 1494 y 1568 del Código Civil.

Advierte la Sala que al disponer el acto administrativo acusado en su artículo 1o., la organización y constitución de un Fondo de Garantías por parte de las sociedades comisionistas miembros de cada bolsa de valores que funcionan en el país, no se contraría el artículo 1494 del Código Civil que dispone que las obligaciones pueden nacer ya del contrato, del cuasicontrato, del delito o de la ley; está por el contrario, facilitando el cumplimiento de la obligación impuesta en la ley a toda sociedad comisionista, al disponer en el numeral 3o. del artículo 7o. del Decreto-Ley 1172 de 1980:

> "Artículo 7o. Son obligaciones de los comisionistas de bolsa, además de las que establezcan sus propios reglamentos, las siguientes:
>
> "3: Hacer entrega de los valores y cancelar su precio, **sin que en ningún caso pueda aducir falta de provisión** (Subraya la Sala).

Luego, la obligación de responder ante el comitente vendedor o comprador la impone la ley, el Fondo de Garantías viene de manera subsidiaria a facilitar su cumplimiento; además, surge de la relación contractual misma, ya que la comisión a términos del artículo 1287 del Código de Comercio es una especie de mandato mediante el

cual se encomienda a una persona-la sociedad comisionista-la ejecución de uno o más negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena; su desarrollo tiene como consecuencia, el devolver al comotente vendedor los documentos recibidos para ser negociados o el fruto de la venta, vale decir, el dinero recibido, o, devolver al comitente comprador, los dineros recibidos para tal fin.

De igual manera, en desarrollo de tal objeto, o sea, asegurar el cumplimiento de la obligación principal de la sociedad comisionista, devolución de los documentos recibidos o entrega a su vez, de los dineros percibidos o recibidos, no se quebranta el mandato del artículo 1568 del ordenamiento civil, ya que la participación en el Fondo de Garantías, cualquiera sea la forma que se adopte para su funcionamiento, no impone solidaridad a las sociedades comisionistas por las obligaciones que cada una de ellas contraiga en ejercicio de su actividad; se conserva la característica propia del contrato de comisión, la de ser *intuitu personae,* lo que conduce a que del acreedor no pueda exigir el cumplimiento de la obligación a cualquier sociedad comisionista, sino de aquella, con la cual ha contratado.

La solidaridad no se predica con relación a las obligaciones que asume cada firma comisionista, cada intermediario participante es autónomo, en ejercicio de las actividades que la ley le permite desarrollar, adquiere obligaciones que comprometen su propio patrimonio no el de los demás, la solidaridad es con el mercado de valores para que éste no se lesione con la imposibilidad de cumplir en que pueda incurrir cualquier sociedad comisionista, si en el no impera la seguridad, un clima de confianza para emisores e inversionistas, no es posible su desarrollo, y parte de éstos presupuestos se logran cuando existe un fondo común aportado por quienes de manera profesional realizan las operaciones que le son propias, de acuerdo a las reglas impuestas en el ordenamiento jurídico; el Fondo de Garantías viene a ser, en fin, el instrumento adecuado para instaurar el clima de seguridad y confianza que se requiere de manera general para quienes participan en el escenario del mercado de valores.

Esta apreciación surge de la preceptiva del artículo 7o. de la resolución, que dispone:

> "**ARTICULO SEPTIMO.** Los estatutos o reglamentos de los Fondos de Garantías, junto con las reformas que sea necesario introducir a los reglamentos de las bolsas para incorporar este mecanismo en los mismos, deben ser sometidos a la aprobación del Presidente de la Comisión Nacional de Valores".
>
> "En dichos estatutos o reglamentos, que serán uniformes para todas las bolsas, deberá establecerse el plazo y las condiciones en las cuales el fondo responderá frente a los clientes de las sociedades comisionistas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de alguna de dichas sociedades; así como también, el procedimiento por el cual las sociedades comisionistas reembolsarán al Fondo las sumas que éste haya pagado por ellas".
>
> "En los estatutos de los fondos de garantías que se constituyan como sociedades, deberá estipularse que su término de duración es igual al de la bolsa respectiva

y que en caso de prorrogarse este último, se prorrogará también el término de duración del Fondo."

Varios son los aspectos a destacar de la anterior normativa: a) que los reglamentos son aprobados por la Comisión Nacional de Valores; b) que los reglamentos son uniformes para todas las bolsas; c) que los estatutos deben contemplar el plazo y las condiciones en las cuales el fondo responderá frente a los clientes de las sociedades comisionistas en caso de incumplimiento por parte de alguna de ellas; y d) que en los estatutos se indicará el procedimiento a seguir para que las sociedades comisionistas reembolsen al Fondo las sumas que éste haya pagado por ellas.

Por la claridad de los anteriores lineamientos, no puede afirmarse la imposición de solidaridad alguna; pues, como lo ordena la norma en comento, deben fijarse condiciones y plazos para que el Fondo responda, e indicarse el procedimiento para reintegrar las sumas canceladas, lo cual indica que las obligaciones frente a los clientes son individuales, al igual que las contraídas para con aquél.

Por ser uniforme la reglamentación de los Fondos por parte de las Bolsas de Valores existentes en el país, al examinar uno de ellos, únicamente en lo referente a su objeto y destinación de los recursos, sin el menor estuerzo mental, ha de concluirse, que al ordenar su creación se pretendió dotar al mercado de valores de una estructura económica que genere confianza entre sus protagonistas, como se percibe del texto de los estatutos del Fondo de Garantías de la Bolsa de Bogotá, Fogabol, aprobados por resolución 124 del 27 de marzo de 1982, por la Comisión Nacional de Valores-Folios 78-79, al consagrar en sus artículos 1o. y 2o.:

"1. El fondo de Garantías de la Bolsa de Bogotá, FOGABOL, es una sociedad anónima de la cual son socios La Bolsa de Bogotá S.A., y las Sociedades Comisionistas miembros de ésta con el objeto de preservar la confianza de los inversionistas en el mercado bursátil. Al efecto anterior La Bolsa procederá a modificar el objeto social de inmobursátil y sus estatutos en lo pertinente para adecuarlos a las reglamentaciones del Fondo.".

"2. DESTINACION DE LOS RECURSOS

"Los recursos del Fondo estarán destinados exclusivamente a indemnizar los siguientes eventos:"

"a. La pérdida de dineros entregados a una Sociedad comisionista de Bolsa para la adquisición de títulos o provenientes de la venta de títulos inscritos en la respectiva Bolsa".

"b. La pérdida de títulos inscritos en Bolsa, ocurrida en desarrollo de cualquiera de los contratos de comisión bursátil."

"c. La pérdida de títulos inscritos y de sus rendimientos ocurrida en desarrollo del contrato de administración por cuenta de un tercero".

"El Fondo no deberá indenmizar en aquellos casos en que la ley no establezca responsabilidad a cargo de la sociedad comisionista, ni cuando la pérdida se produzca dentro del marco de relaciones jurídicas diferentes de las expresadas. De igual manera la pérdida de títulos cuya reposición sea legalmente posible no implica para el Fondo responsabilidad alguna."

"De igual manera quedan expresamente excluídos los quebrantos patrimoniales que sufran los inversionistas como consecuencia de operaciones de intermediación en el mercado de valores, por bajas del mercado".

"Subsidiariamente la Bolsa tendrá acceso al Fondo en las defraudaciones que resulten de la compensación bursátil, después de haber agotado las garantías que a su favor tengan los comisionistas, en los términos que autorice la Comisión Nacional de Valores".

"La responsabilidad del Fondo estará limitada al 30% del valor patrimonial en la fecha de la respectiva reclamación. Para el cálculo del valor patrimonial se restarán del patrimonio los pasivos contingentes que tenga el Fondo. **En caso de que en un lapso de quince días contados a partir de la primera reclamación presentada al Fondo, se presenten otras reclamaciones contra la misma sociedad comisionista éstas se acumularán para efectos de determinar la indemnización con cargo al 30% antes aludido. Si este valor no alcanzare a indemnizar plenamente los perjuicios el Fondo pagará a prorrata de ellos"** (Subraya de la Sala).

CUARTO CARGO: Violación de los artículos 98, 101, 123, 155, 196, 226, 454 y 455 del Código de Comercio.

Todas las disposiciones invocadas como transgredidas por el acto administrativo demandado, pertenecen unas a la parte general artículos 98, 101, 123, 196 y 155. Otras al régimen especial de la sociedad anónima -artículos 454 y 455- para por último, una de ellas -artículo 266- a la parte de inspección y vigilancia de las sociedades, unas y otras, conformantes del Libro Segundo del Código de Comercio. Contienen a excepción de la últimamente citada, regulaciones propias de las sociedades comerciales, en cuanto a la formación del contrato de sociedad -artículo 98- y la finalidad que persiguen los asociados al constituir la sociedad; requisitos para la validez del contrato de sociedad -artículo 101-; no obligación de aumentar o reponer el aporte, salvo pacto en contrario -artículo 123-, porcentaje mínimo de las utilidades a repartir en cada ejercicio -artículo 155-; representación y administración de la sociedad y atribuciones de quienes las administran o representan -artículo 196-, porcentaje de las utilidades a repartir cuando las reservas legal, estatutarias y ocasionales excedan del 100% del capital suscrito -artículo 454-; y pago del dividendo en dinero efectivo, y bajo qué presupuesto puede ser cancelado en acciones liberadas -artículo 455-.

A juicio de la Sala estas disposiciones no han sido vulneradas, regulan la constitución, desarrollo interno y externo de las sociedades comerciales de manera

ordinaria, la regulación especial, en cuanto a que el Fondo de Garantías puede ser una persona jurídica con objeto exclusivo para cuyo funcionamiento, la resolución impone un régimen excepcional, apartándose de las formalidades y finalidades propias de las sociedades comerciales, obedece a que en éstas se persigue como fin el *animus lucrandi* de los asociados, en aquellas proteger un interés colectivo, el de los emisores e inversionistas, y más aún, el de la economía general, cuyo pulso se toma a través del desempeño de las Bolsas de Valores, para asegurar que las formas asociativas de carácter comercial puedan subsistir, y sus asociados dispongan libremente de las utilidades, de los aumentos de capital, de las inversiones, en fin, de la existencia o extinción del contrato social. El interés general que gravita sobre el Fondo de Garantías, cualquiera sea la forma adoptada, impide que las sociedades comisionistas repartan las utilidades -se impone fortalecer la garantía- pues su negocio no está en esta participación, como tampoco en la inversión en la bolsa misma, su exito o fracaso depende, en primer lugar, del desarrollo amplio o restringido del mercado bursátil, y en segundo, de su profesionalidad, seriedad y eficiencia; así mismo, al señalar los títulos en los cuales se deben efectuar las inversiones, se busca seguridad, y, además que éstos proporcionen rápidamente los recursos para hacer frente a cualquier emergencia. Por tanto, para proteger el interés colectivo al cual se orienta el acto administrativo demandado, con base en el texto y espíritu de la Ley 32 de 1979, no es de recibo el invocar lesión alguna al interés privado ínsito en la preceptiva de las normas mercantiles analizadas, pues las demandadas persiguen protección de un interés general que de lograrlo, se asegura la permanencia e intangibilidad del particular

Respecto al artículo 266 del Código de Comercio que también se considera transgredido, por el hecho de que la Comisión Nacional de Valores, sea el organismo estatal que aprueba los reglamentos de los Fondos lejos está de presentarse aquella, pues un aspecto es aceptar su conformidad con las ordenes impuestas por la resolución 009 de 19 de octubre de 1988, y otra, el referente a la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales de que trata la norma comercial en cita.

QUINTO CARGO: Violación del artículo 39 de la Constitución Nacional.

Afirmar que la resolución 039 de octubre 19 de 1988, violó también el artículo 39, inciso 1o. de la Constitución -la derogada- es desconocer que la profesión de comisionista de bolsa, como los actores lo reconocen, está regulada por el Decreto-Ley 1172 de 1980, el cual en sus treinta artículos desarrolla, entre otros aspectos, los siguientes: a) Forma asociativa que pueden adoptar las sociedades comisionistas; b) Objeto social propio de estos intermediarios; c) Capital social; d) Su admisión en las Bolsas de Valores; e) Obligaciones de las sociedades comisionistas, además de las que se señalen en los reglamentos de las Bolsas de Valores; f) Prohibiciones; g) Lugar de realización de sus operaciones; h) Reglas para la negociación de valores; i) Realización de operaciones cruzadas; j) Procedimiento en caso de incumplimiento de una operación de venta o de compra; k) Plazo para realizar las operaciones de compra o venta, cuando no ha sido determinado el lapso durante el cual debe cumplirse la comisión; l) Obligación del comitente; ll) Presentación del estado financiero a la Comisión Nacional de Valores;

m) Obligación de informar a la Bolsa de Valores y Comisión Nacional de Valores los nombres de las personas que en nombre y presentación de la sociedad comisionista actuará en la rueda; y, n) Intervención administrativa de la Comisión Nacional de Valores en una sociedad comisionista, hasta que desaparezcan las causas que motivaron la medida o se decida su liquidación.

De la observación del conjunto de aspectos sobre nacimiento y desarrollo de las sociedades comisionistas, que contiene el precitado decreto, a juicio de la Sala la reglamentación que del Fondo de Garantías se efectúa por el acto administrativo demandado, no contiene aspectos propios de la profesión de comisionista de bolsa; éstos han sido reglados por la ley, en desarrollo del mandato constitucional.

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

Deniéganse las súplicas de las demandas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha,

Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala (salvó el voto), *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos* (Salvó el voto), *Bernardo Ortiz Amaya* (Conjuez).

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

LEY DE INTERVENCION/AUTORIDAD ADMINISTRATIVA-Extralimitación/**SOCIEDAD COMISIONISTA DE BOLSA**–Obligaciones/(Salvamento de Voto)

El enfoque de la providencia que no comparto en el sentido de que por tratarse la Ley 32 de 1979 de una ley de intervención las facultades otorgadas a la administración podrían referirse a competencias que corresponden a otras autoridades del Estado resulta, a mi juicio, equivocado, si se tiene en cuenta que la ley misma no lo dispuso así, y que la amplitud del mandato de intervención y según éste, de las atribuciones de las autoridades administrativas encargadas de realizarlo dependen de la voluntad misma del legislador, y en el caso de la Comisión Nacional de Valores es la misma ley la que expresamente dispone que sus funciones deben ejercerlas "con sujeción a las disposiciones legales", tal como deben ejercerse todas las funciones públicas dentro de un Estado sometido al derecho. A mi juicio, la Comisión de Valores, se abrogó facultades propias del legislador al establecer la obligación a las sociedades comisionistas de bolsa y por lo tanto personas jurídicas carácter privado, de crear fondos de garantías; al establecer el régimen jurídico aplicable a dichos fondos como personas jurídicas al establecer los efectos de las garantías a cargo de los comisionistas de bolsa. Y es que no puede confundirse la facultad de la Comisión en cuestión, y concretamente sobre sus condiciones y características con la competencia particulares y todo lo relativo a las personas jurídicas.

COMISION NACIONAL DE VALORES-Naturaleza/**MERCADO PUBLICO DE VALORES**/(Salvamento de Voto)

La Comisión Nacional de Valores fue creada por la Ley 32 de 1979 como un organismo vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico y su estructura y organización fue regulada por el Decreto 831 de 1980, el cual la definió como una unidad administrativa especial vinculada al citado ministerio y que tiene por objeto estimular organizar y regular el mercado público de valores. De acuerdo con lo anterior, se trata de una entidad vinculada a la rama ejecutiva del Estado. El artículo 9 de la Ley 32 de 1979, en su ordinal 18 establece expresamente como función de la Comisión Nacional de Valores, la de "adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata esta ley".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Salvamento de Voto de la *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 3194 y 2549 (Acumulados). Actores: Alvaro Tafur Galvis y Jorge Fernández Santamaría. Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria expreso los motivos que fundamentaron mi salvamento de voto en la providencia que antecede.

1. Se demandó la nulidad de la resolución No. 009 del 19 de octubre de 1988, proferida por la Sala General de la Comisión Nacional de Valores, por la cual se reglamentan los fondos de garantías que deben constituir las sociedades de Bolsa. En ella se dispone la constitución y organización por las sociedades comisionistas que forman parte de cada bolsa de valores, de un Fondo de Garantías para responder a los clientes de dichas sociedades por el cumplimiento de sus obligaciones de entrega o de restitución de los valores o dineros que hubieren adquirido, en virtud del contrato de comisión o de la administración de los mismos. De dichos fondos pueden participar las Bolsas de Valores respectivas.

Dispone también el acto demandado que los Fondos de Garantías deben constituirse como un patrimonio autónomo o como una persona jurídica con objeto exclusivo.

Establece los requisitos de patrimonio neto de dichos fondos e impone la obligación de invertir sus recursos en valores de alta liquidez emitidos por entidades públicas, de acuerdo con la reglamentación que expida el Presidente de la Comisión y precisa la forma de distribución de sus utilidades.

Les impone a los Fondos así creados la obligación de enviar trimestralmente a la Comisión Nacional de Valores sus estados financieros, debidamente certificados por un contador público independiente.

Ordena que los estatutos y reglamentos de los fondos de garantías están sometidos a aprobación del Presidente de la Comisión de Valores, ya que en ellos debe establecerse el plazo y las condiciones en las cuales responden a los inversionistas en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedades comisionistas, así como el procedimiento para que dichas sociedades reembolsen al fondo las sumas que éste hubiera pagado por ellas.

Finalmente, el acto demandado prescribe que las bolsas de valores deben divulgar los derechos de sus clientes frente a los fondos de garantías y que deben enviar el proyecto de creación de cada fondo con sus estatutos y reglamentos, dentro del mes siguiente a la publicación de la resolución.

2. Como fundamento de dicha decisión, la administración citó además de la Ley 32 de 1979, el artículo 10 del Decreto 1172 de 1980, el Decreto 2969 de 1960, el artículo 7 del Decreto 2920 de 1982, el artículo 27 del Decreto 3227 de 1982, el artículo 6 ordinales 4o. y 15 del Decreto 831 de 1980 y el artículo 13 de la resolución 001 de 1981 de la Sala General de la Comisión de Valores, normas que regulan las garantías que deben constituir las sociedades comisionistas a favor de la bolsa respectiva, la facultad de las Bolsas de exigir caución suficiente a las citadas sociedades para responder por las obligaciones que contraigan, las funciones de la Comisión Nacional de Valores como entidad encargada de ejercer inspección y vigilancia tanto respecto de las bolsas como de las sociedades comisionistas y su competencia para proteger los intereses de los inversionistas en dichas bolsas y dentro de éstas, las garantías que debe otorgar.

3. La sentencia que no comparto, considera que la Comisión de Valores tenía competencia para expedir las medidas contenidas en el acto demandado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 32 de 1979, la cual es una ley de intervención en la economía, que fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia. Afirma que:

> "El poder de intervención del Estado en la economía implica restricción a las libertades públicas y a los derechos individuales y más aún, como lo expresa el Dr. Hugo Palacios Mejía, el intervencionismo del Estado impone '...límites a la posibilidad de las personas que tienen de crear, modificar o extinguir derechos de contenido patrimonial'. Y más adelante, agrega: 'El actual artículo 32 es un límite general a la garantía general, que contiene la Constitución respecto a la libertad de empresa y de la iniciativa privada' (Palacios Mejía Hugo. "La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano, páginas 226 y 223).
>
> "En consecuencia, como bien lo anota la demandada '...carece de fundamento constitucional afirmar que una facultad de intervención no permite establecer restricciones al funcionamiento de las personas jurídicas o limitaciones al desarrollo de una determinada actividad económica...'. Y continúa 'En este punto vale la pena resaltar que la Comisión Nacional de Valores no creó una figura nueva, sino que acudió a las existentes en nuestra legislación..." Y por consiguiente, no violó el artículo 12 de la Constitución Nacional. Tenía necesa-

riamente la Comisión al imponer el mandato legal la oportunidad, como lo hizo, de diseñar un instrumento adecuado para salvaguardar los intereses de los inversionistas con lo cual se consolida el propio de los intermediarios, al garantizar el desarrollo del mercado de valores en un ambiente de seguridad que es la condición necesaria e indispensable para que el centro de contratación que es una bolsa de valores, en el cual se entrecruzan los intereses de los distintos participantes, pueda cumplir a cabalidad la obligación que constituye su razón de ser, que se concreta en lo expresado en el numeral 2do, del artículo 3o. del Decreto 2969 de 1960, cuyo tenor literal es:

"2) Mantener el funcionamiento de un mercado bursátil debidamente organizado que ofrezca a los inversionistas y negociantes en títulos o valores y al público en general, **condiciones suficientes de seguridad, honorabilidad y corrección'** (Subraya la Sala).

"'En efecto, como bien lo afirma la demandada, 'sin duda un elemento fundamental para la organización y promoción del mercado es la adopción de medidas que protejan los intereses de los inversionistas'; y si los comisionistas de bolsa realizan actividades en nombre propio pero por cuenta ajena, son ellos, y no otros, quienes deben proporcionar los recursos que aseguren la estabilidad del mercado de valores y la defensa del interés particular de los emisores e inversionistas, pues de éstos reciben las órdenes, de comprar o vender.

"La Comisión Nacional de Valores, al expedir la resolución acusada, para exigir tal como lo hace en el artículo 1o. a las sociedades comisionistas de Bolsa, miembros de cada Bolsa de Valores, y sin perjuicio de otras garantías la constitución de un Fondo de Garantías con un objeto específico, no se arrogó competencias que no le otorgaba la ley, pues el Estado en ejercicio del mandato de intervención puede establecer regulaciones dentro del marco de la ley que lo autoriza, en este caso, la Ley 32 de 1979.

"Además la redacción misma del artículo 9o., numeral 18 de la Ley 32 de 1979, permite deducir fácilmente que la Comisión Nacional de Valores contaba con la facultad y atribución legal para adoptar otras medidas adicionales a las que expresamente consagra la ley.

"En consecuencia el acto administrativo expedido, en ejercicio del poder intervencionista, al establecer limitaciones a la libertad probada, no incurrió en transgresión a los artículo 12 y 76 de la Constitución Nacional, como tampoco por extensión al 2o. y 55 de la misma Carta."

4. La Comisión Nacional de Valores fue creada por la Ley 32 de 1979 como un organismo vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico y su estructura y organización fue regulada por el Decreto 831 de 1980, el cual la definió como una unidad administrativa especial vinculada al citado ministerio y que tiene por objeto estimular organizar y regular el mercado público de valores. De acuerdo con lo anterior, se trata de **una entidad vinculada a la Rama Ejecutiva del Estado.**

5. El artículo 9 de la Ley 32 de 1979, en su ordinal 18 establece expresamente como función de la Comisión Nacional de Valores, la de "adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata esta ley".

Por su parte, el Decreto Ley 831 de 1980 por el cual se establece la estructura y organización de la Comisión de Valores, al regular las funciones de sus diferentes órganos, asigna a la Sala General la de establecer las normas a las que deberá sujetarse la organización y funcionamiento del mercado, con sujeción a las disposiciones legales (Art. 6 Numeral 4) y adoptar medidas que conduzcan a la promoción y desarrollo del mercado de valores y a la protección de los intereses de los inversionistas (Art. 6, numeral 16).

Dichas competencias de la Comisión Nacional de Valores, como organismo de carácter administrativo que es. deben ser ejercidas **de conformidad con la ley y la Constitución** y no porque en las demás normas que le son aplicables no se precise de una manera explícita cuales son "las demás medidas necesarias para proteger los intereses" de los inversionistas, puede dicha Comisión atribuirse competencias propias de otras ramas del poder público o de otras autoridades administrativas.

6. El enfoque de la providencia que no comparto en el sentido de que por tratarse de Ley 32 de 1979 de una ley de intervención, las facultades otorgadas a la administración podrían referirse a competencias que corresponden a otras autoridades del Estado resulta, a mi juicio, equivocado, si se tiene en cuenta que la ley misma no lo dispuso así, y que la amplitud del mandato de intervención y según éste, de las atribuciones de las autoridades administrativas encargadas de realizarlo dependen de la voluntad misma del legislador, y en el caso de la Comisión Nacional de Valores es la misma ley la que expresamente dispone que sus funciones debe ejercerlas "con sujeción a las disposiciones legales ", tal como deben ejercerse todas las funciones públicas dentro de un Estado sometido al derecho.

Es cierto que la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que en virtud de una ley de intervención se amplíen las facultades del ejecutivo, pero siempre referida a las facultades del Presidente de la República y de los decretos que éste puede expedir (Sentencias de 27 de septiembre de 1972 y de 3 de marzo de 1971 de la Corte Suprema de Justicia y Sentencia del 6 de mayo de 1974 del Consejo de Estado), dentro del marco jurídico establecido por la Constitución y en los términos en que lo haya aplicado la ley misma de la intervención.

A mi juicio, la Comisión de Valores, se abrogó facultades propias del legislador al establecer la obligación a las sociedades comisionistas de bolsa y por lo tanto personas jurídicas de carácter privado, de crear fondos de garantías; al establecer el régimen jurídico aplicable a dichos fondos como personas jurídicas al establecer los efectos de las garantías a cargo de los comisionistas de Bolsa. Y es que no puede confundirse la facultad a la Comisión para impartir instrucciones sobre la constitución de las garantías

en cuestión, y concretamente sobre sus condiciones y características con la competencia propia del legislador para regular lo ralativo a las obligaciones de los particulares y todo relativo a las personas jurídicas.

7. En síntesis, la Comisión Nacional de Valores se extralimitó en el ejercicio de la competencias que le asignaron la Ley 32 de 1979 y el Decreto 831 de 1980, al expedir las normas contenidas en la resolución demandada y por ello ha debido aclararse su nulidad.

Consuelo Sarria Olcos.

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto del Dr. Guillermo Chahín Lizcano, se adhiere al salvamento de la Dra. Consuelo Sarria Olcos.

INGRESOS-Contabilización/**BASE GRAVABLE/COSTOS**-Disminución/**GASTOS**-Disminución

El método de registrar contablemente ingresos, con crédito en una cuenta de costo y gasto, evidentemente riñe con la ortodoxia de la "depuración vertical", de la renta, prescrita por el art. 15 del Decreto 2053 de 1974 (o 26 del Estatuto Tributario) y aún con la elaborada simetría de casillas, renglones y códigos, usuales en los formularios de declaración, pero no puede afirmarse, sin faltar a elementales principios contables y artiméticos, que tal procedimiento implique distorsión de la realidad tributaria, "en cuanto disminuye ingresos y aumenta costos y/o deducciones"; por el contrario el abono a costos o gastos, disminuye éstos y, en idéntica cifra, aumenta la base gravable de suerte que sumar a ésta el importe de los créditos del costo o gasto, es un despropósito, no justificable, porque en tal caso lo procedente habría sido examinar la viabilidad de una sanción por libros de contabilidad.

COMPONENTE INFLACIONARIO/COSTOS FINANCIEROS/RENDIMIENTOS FINANCIEROS

La no deducibilidad consagrada en el art. 29 es, una especie de contrapartida a la desgravación de los ingresos de los arts. 27 y 28; las normas se hallan inter relacionadas, y debe entenderse que cuando el art. 27 precisa cuales, o de que origen, son los "rendimientos financieros" desgravados, implícitamente fija la naturaleza de los "costos financieros" no deducibles, pues, al fin y al cabo, lo que es costo financiero para el que paga, necesariamente es rendimiento financiero

para el que recibe. Si la finalidad de la desgravación, fue la de contrarrestar el efecto de inflación sobre las utilidades, la de la no deducibilidad es la consecuencia natural de la neutralización del componente inflacionario, en el sentido de no atribuirle efecto alguno.

CONTRATO DE MUTUO/RENDIMIENTO FINANCIERO/GASTO FINANCIERO/ENDEUDAMIENTO

El mutuo o préstamo con intereses, es un contrato de particular relevancia en la generación de rendimientos financieros para una de las partes y de costos financieros para la otra, pero no que sea el único, pues, "las entidades que estando sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, tengan por objeto propio intermediar en el mercado de recursos financieros" no solamente no son la fuente exclusiva de dichos rendimientos y costos financieros, pues adicional-mente los literales b) y c) del art. 27 de la Ley 75 de 1986 prevén los "títulos de deuda pública" y los "bonos y papeles comerciales de socie-dades anónimas, cuya emisión y oferta haya sido autorizada por la Comisión Nacional de Valores", es decir si bien el mutuo o préstamo con intereses es la principal causa del endeudamiento, no es la única.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Radicación 5142. Apelación sentencia del 26 de agosto de 1993 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuesto sobre la renta período impositivo de 1986. Actor: Crown Litometal S.A. Fallo.

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Las partes, CROWN LITOMETAL, S.A., la actora, y el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la demandada, debidamente representados, apelan de la sentencia de primer grado, de 26 de agosto de 1993, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso del restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1986, promovido contra la liquidación de revisión No. 001 de 19 de enero de 1990 y la resolución No. 001 de 14 de diciembre del mismo año, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de grandes contribuyentes de Bogotá.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

El acto liquidatorio, con inspección tributaria y requerimiento previos, adicionó ingresos por "venta de desperdicios" ($16.064.622), suma "que fue declarada como un menor valor del costo", y rechazó deducciones por "ajustes por diferencia en (sic) cambio" ($176.265), cantidad "equivalente al componente inflacionario no deducible", e intereses por operaciones financieras ($120.564), por no existir "ninguna compraventa (sic) con entidades financieras y que estos intereses no deducibles pertenecen a sobregiros bancarios, correspondiendo indiscutiblemente a préstamos de capital, consagrado (sic) expresamente en el artículo 29 Ley 75/86..." igualmente, sancionó por inexactitud y desestimó la corrección de la declaración de 30 de junio de 1987, que había incrementado las retenciones practicadas ("en la suma de $222.058"); dicho acto fue rectificado en la vía gubernativa, pero sólo en cuanto al reconocimiento adicional de retenciones en la fuente por $138.620.

LA DEMANDA

Explica violados, por las razones que se resumen, los siguientes preceptos:

1. El artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, que dispone sumar, como factor de la base gravable, los "ingresos realizados", y excluye implícitamente de ésta, los "ingresos inexistentes", o que ya están computados o forman parte de la misma, por haberse informado directamente, o "porque se les haya computado como un menor valor de los costos", que sería el caso, pues los ingresos adicionados por la Administración ($16.064.622), según lo habría verificado ésta, se hallaban incluídos en la renta gravable declarada, por venta de sobrantes de producción, "como un menor valor del costo", de modo que se habrían computado doblemente en la base imponible.

2. Los Artículos 29 de la Ley 75 de 1976 y 46 de la Ley 52 de 1977 (o 711 del Estatuto Tributario), sobre la no deducibilidad, en determinada proporción, del componente inflacionario de intereses, costos y gastos financieros y ajustes por diferencias de cambio, y la correspondencia entre declaración, requerimiento y liquidación oficial, respectivamente, por cuanto, planteado "*ab initio*" el rechazo de una deducción, por interpretación de una norma, "en sentido diferente de la dada a la misma norma por el contribuyente, (la Administración) infringe esta disposición cuando en la etapa del recurso, modifique el motivo del rechazo, aduciendo aspectos de hecho, si la liquidación, según este precepto sobre congruencia, no puede apoyarse en razones distintas de las planteadas en el requerimiento especial, a *fortioribus* (sic) el fallo del recurso y en el que se decida sobre nueva liquidación, tiene que ser coherente también con dicho requerimiento".

La administración habría expresado, en el requerimiento, que la contribuyente había obtenido "un préstamo de capital" y concluído, en la resolución, del recurso, "que los egresos relacionados con adquisición de bienes en divisas y que originaron defe-

rencia (sic) de cambio y con sobregiros bancarios, no eran deducibles, premisa de hecho sin ningún fundamento en la realidad y conclusión con la que infringió primero el artículo 29 de la ley 75 de 1986, por extender a contratos de compra y de cuenta corriente la restricción que este artículo estableció para egresos efectuados en operaciones de préstamo o mutuo de carácter financiero, desconociendo la índole excepcional que tiene esta disposición", con lo cual se habría infringido también el artículo 45 del Decreto 2053 de 1974, sobre la deducibilidad, como regla general, de las expensas necesarias; de acuerdo con el concepto DIN No. 019048 de el 22 de diciembre de 1988, cabría deducir que, "lo no deducible (...) es, pues el egreso originado en financiación conseguida de entidades del sector financiero local o del exterior en virtud de contratos de préstamo o mutuo...", en tanto que sí serían deducibles, "los egresos relacionados con la adquisición de bienes como la diferencia de cambio integrante del costo de éstos, y con la ejecución del contrato de cuenta corriente dentro de la cual se presentan sobregiros..."; a "diferencia en (sic) cambio sobre precio de importación de bienes", corresponderían los primeros $176.265 de las deducciones rechazadas; y a "cargos en cuenta corriente bancaria por giro contra ella sin provisión de fondos", los restantes $120.564.

3. El artículo 44 del Decreto 2503 de 1987, sobre sanción por inexactitud, pues siendo improcedente la adición de ingresos (por haber figurado estos en la base gravable, como menor valor de costos) y habiéndose originado el rechazo de deducciones en errónea interpretación del artículo 29 de la Ley 75 de 1986, no se habría configurado infracción sancionable conforme a dicho precepto.

4. El artículo 49 de la Ley 52 de 1977, en conexión con el 44 y el 50 del Decreto 3803 de 1982, porque, en este régimen anterior al Decreto 2503 de 1987, lo corregible de la declaración, o aquello sobre lo que versaba la corrección prevista por el artículo 71 de la Ley 9a. de 1983, "era el monto de la obligación sustancial correspondiente al año materia de la declaración y resultante, según las bases gravables, la tarifa impositiva y los descuentos tributarios...", y no, "lo relativo a "cuenta corriente", el control de lo ingresado al erario para extinguir el impuesto a cargo que se determinara privada u oficialmente, como tampoco, más claro en la declaración de 1986 con el renglón 280, lo relativo a anticipo aplicable a la deuda que se causará en 1987, control (sic) competencia de los funcionarios de la unidad de cuentas corrientes, asignado según el artículo 95, ordinales a), d) y h) del Decreto 074 de 1976..."; lo que en términos menos confusos quiere decir la impugnante, como ella misma lo precisa más adelante, es que no era de competencia de las unidades de fiscalización ni de liquidación, "analizar y decidir sobre cuestiones de determinación del anticipo de la posible deuda por el impuesto de renta de 1987 que resultará o (sic) de extinción de obligación por concepto del de 1986", actuaciones que generarían la nulidad impetrada.

Agrega, que de no decretarse ésta por la indicada causal de incompetencia, se debe tener en cuenta que, con la declaración y después de ésta, se presentaron los comprobantes de retenciones que se le practicaron a la declarante por 1986, en cuantía de $16.461.740, para que se calcule el anticipo por 1987 con base en tales documentos,

ya que el funcionario liquidador no los estimó, arguyendo que su presentación, después de radicada la declaración, constituia "adición" y que ésta no procedía, quebrantándose el artículo 71 de la Ley 9a, de 1983, pues no se trataba de "adición", ya que "en esa fecha, el impuesto a cargo según liquidación provada, presentando en el renglón 264 de la liquidación privada, que era la materia de modificación de acuerdo con este artículo 71, no tuvo modificación alguna..."

LA SENTENCIA

Respecto de la adición de ingresos por $16.064.622, encuentra probado y reconocido por la parte opositora, que tal suma había sido "contabilizada y declarada como un menor valor del costo, lo que equivale a un aumento de la utilidad en esa misma cantidad", concluyedo que "si bien puede criticarse este proceder, no era viable la adición de dicha partida a la base gravable (...), pues ello equivale a gravar doblemente esa suma, sin que exista sustento legal" y contra lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, invocado por las partes.

Por lo que hace al rechazo de las deducciones por "ajuste por diferencia en (sic) cambio" ($176.265) y "sobregiros bancarios" ($120.564), estima, con apoyo en el artículo 29 de Ley 75 de 1986 y el concepto DIN No. 20209 y 31 de julio de 1987 ("que fijó el alcance de la expresión gasto financiero a que se refiere la norma precedente"), que dicho proceso legal comprende "los intereses y demás costos financieros, incluídos los ajustes por deferencia en (sic) cambio, como no constitutivos de costo ni deducción, en los porcentajes que señala, sin hacer las distinciones que anota la accionante en cuanto al origen de los pasivos que dieron lugar al costo financiero", como tampoco las haría el concepto citado. Añade, que si se hubiera demostrado que las diferencias de cambio habían afectado "directamente el precio de los bienes importados (...), no los (sic) hubiera solicitado como deducción sino que los habría llevado al costo y entonces sí sería aplicable en lo pertinente el artículo 30 del Decreto 2053 de 1974, hoy 80 del Estatuto Tributario, como lo pretende la actora..."

Tampoco considera violado el artículo 46 de la Ley 52 de 1977, por incongruencia entre la nueva liquidación hecha por la resolución del recurso, ésta y el requerimiento especial, pues, "los hechos en uno y otro planteamiento son los mismos, el rechazo de esa misma deducción, como lo prevé la norma.

En cuanto a la sanción por inexactitud, dice que debe, "levantarse parcialmente en la medida en que la adición referida en el cargo y que dio lugar a la misma, fue desvirtuada", y mantenerse sobre el rechazo de deducciones, "puesto que es clara la improcedencia de las mismas y no se trató de una simple diferencia de criterio o interpretación..."

Por último, en lo que dice relación con la "liquidación del impuesto y cuenta corriente", expresa no compartir íntegramente los argumentos de la demandante en el punto, pues aunque admite que en el sistema normativo que precedió al Decreto 2503 de 1987 se trataban independientemente, "la modificación de la liquidación propiamente

dicha del impuesto y el manejo de la cuenta corriente y (que) la liquidación de revisión versaba sólo sobre la primera", niega que los funcionarios liquidadores carecieran de competencia para modificar, con la liquidación de revisión, el anticipo y las retenciones que resultaran probadas en el proceso de determinación; tanto los liquidadores, como los funcionarios de la unidad de recursos tributarios, tendrían (y habrían tenido antes), dentro de sus atribuciones de fiscalización y discusión del tributo, las de "determinar correctamente los saldos que habrán de ser tenidos en cuenta, a la vez, por los funcionarios de cuentas corrientes en su función de recaudo...". No habiendo acreditado, la demandante, su pretensión de nulidad por incompetencia, así, adicionalmente, el artículo 95 del Decreto 074 de 1976 señalará las funciones del recaudo, como a cargo de la unidad cuentas corrientes, pues tal distribución de funciones no excluiría que los actos liquidatorios hicieran ajustes que afectaran la cuenta corriente del impuesto, dado que el sólo hecho de modificar el impuesto a cargo, haría variar los valores de ésta.

EL RECURSO DE LA ACTORA

Se reafirma en la admisibilidad de las deducciones cuyo rechazo mantuvo la sentencia, en razón de que no se trataría de "gastos relacionados con la financiación general del negocio de la demandante, que son los 'gastos financieros' propiamente dichos", cuyo reconocimiento limitó el artículo 29 de la Ley 75 de 1986, para "desestimular el endeudamiento de las empresas", sino de erogaciones referidas a "la importación de bienes y cargos en cuenta corriente por sobregiros bancarios (...), sustraíbles de la base gravable", independientemente de cómo se hubieran contabilizado, aunque la sentencia diga que debían serlo como costo, haciendo prevalecer lo formal sobre lo sustancial, contra lo que dispone la Constitución.

De la sanción, sostenida a partir de la reconfirmación del rechazo de las dos partidas de deducciones, dice que la controversia no versa sobre la existencia, o no, de tales erogaciones, "sino sobre el efecto jurídico del hecho, de si la admisibilidad de estas partidas es plena, de acuerdo con las normas generales de costos y de expensas necesarias, o se encuentra restringida por el artículo 29 de la Ley 75 de 1986", esto es, que solamente se daría una discrepancia acerca del derecho aplicable, y no inexactitud, caracterizada por el falseamiento de los hechos, no debiendo haberse mantenido la sanción.

En cuanto al manejo de retenciones y anticipos, que se definiría con base en los artículos 49 de la Ley 52 de 1977 y 50 y 44 del Decreto 3803 de 1982, repite que "la liquidación tributaria es el acto que concluye con fijar el total del impuesto a cargo por los resultados del año gravable, hasta la partida del renglón QT del formulario de liquidación oficial del año gravable de 1986", según lo expuesto en la demanda, a la que se remite.

Se trataría de un aspecto relativo, "no de determinación del tributo, sino de extensión de la obligación", según se habría definido en las sentencias de la Sala, de 31 de enero de 1992, proceso 3373, y 9 de julio de 1993, Proceso 4506.

El alegato de conclusión remite al escrito de apelación.

EL RECURSO DE LA DEMANDADA

Sostiene que, en lo tocante a la adición de ingresos, el fallo ignoró el alcance de los artículos 15 del Decreto 2053 de 1974 y 44 del Decreto 2503 de 1987, supuesto que la venta de sobrantes realizada por la contribuyente, no sería otra cosa que un ingreso y que, como tal, debía declararse para "no desfigurar su realidad tributaria y con ello obstaculizar la facultad y obligación de las autoridades administrativas de estudiar la procedencia o improcedencia de los costos y demás especies que afectan el ingreso bruto...", que serían conceptos completamente distintos entre sí, con diversas implicaciones fiscales y cuya confusión aparejaría la desfiguración de la realidad económica del contribuyente y una inadecuada liquidación del tributo (Sentencia de la Sala de 8 de julio de 1988, Proceso 1361, Ponente doctora Consuelo Sarria Olcos, algunos de sus aspectos se transcriben).

La declarante habría transgredido precisas normas tributarias y adoptado un procedimiento caprichoso, que no reflejaría el verdadero movimiento de sus operaciones, por lo cual, la actuación administrativa, en cuanto hizo la adición en cuestión, se hallaría ajustada a derecho.

Referente a la sanción, afirma que la omisión de ingresos y las deducciones improcedentes, constituye, entre otros factores, inexactitud sancionable, en términos del artículo 44 del Decreto 2503 de 1987, debiendo confirmanse la multa originalmente aplicada.

LA SALA CONSIDERA

1. ADICION DE INGRESOS.

El método de registrar contablemente ingresos, con crédito en una cuenta de costo y gasto, evidentemente riñe con la ortodoxia de la "depuración vertical" de la renta, prescrita por el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 (o 26 del Estatuto Tributario) y aún con la elaborada simetría de casillas, renglones y códigos, usuales en los formularios de declaración, pero no puede afirmarse, sin faltar a elementales principios contables y aritméticos, que tal procedimiento implique distorsión de la realidad tributaria, "en cuanto disminuye ingresos y aumenta costos y/o deducciones", como se dice en la motivación de la liquidación oficial; por el contrario, el abono a costos o gastos, disminuye éstos y, en idéntica cifra, aumenta la base gravable de suerte que sumar a ésta el importe de los créditos del costo o gasto, es un despropósito, no justificable siquiera con el argumento que trae la resolución del recurso, de haberse utilizado, "un procedimiento caprichoso que no reflejan (sic) el verdadero movimiento de las operaciones comerciales del contribuyente", porque, en tal caso, lo procedente habría sido examinar la viabilidad de una sanción por libros de contabilidad, o por ausencia de información tributaria, entre otras posibilidades.

Hizo bien, pues, el *a-quo*, en no mantener la controvertida adición, ni la fracción de la sanción por inexactitud atribuible a la supuesta omisión de ingresos.

2. RECHAZO DE DEDUCCIONES.

El artículo 29 de la Ley 75 de 1986, por el que se excluye del carácter de costo o deducción, "el componente inflacionario de los intereses y demás costos y gastos financieros, incluídos los ajustes por diferencias en (sic) cambio", en la proporción anual ahí mismo indicada, hace parte de una secuencia normativa, al lado de los artículos 27 y 28 ib., que, a su vez, exoneran del impuesto (totalmente, o en porcentajes anuales, según la naturaleza del sujeto) el componente inflacionario de los "rendimientos financieros", con el obvio propósito de desgravar utilidades meramente nominales, derivadas del aumento de precios o índice de inflación.

La no deducibilidad consagrada en el artículo 29 es, una especie de contrapartida a la desgravación de los ingresos de los artículos 27 y 28; las normas se hallan inter relacionadas, y debe entenderse que cuando el artículo 27 precisa cuales, o de que origen, son los "rendimientos financieros" desgravados, implícitamente fija la naturaleza de los "costos financieros" no deducibles, pues, al fin y al cabo, lo que es costo financiero para el que paga, necesariamente es rendimiento financiero para el que recibe.

Si la finalidad de la desgravación, como ya se vio, fue la de contrarrestar el efecto de inflación sobre las utilidades, la de la no deducibilidad es la consecuencia natural de la neutralización del componente inflacionario, en el sentido de no atribuirle efecto alguno; pero adicionalmente, según se lee en la exposición de motivos y ponencia para el primer debate del citado artículo 29, se perseguía, "igualar el tratamiento tributario de las distintas formas de financiar la actividad empresarial (...), enmendar la perniciosa tendencia que en la actualidad se da hacia el excesivo endeudamiento..." (y) colocar en condiciones similares, desde el punto de vista tributario, la financiación mediante aportes de capital y mediante endeudamiento..."; se anota, asimismo, que "la propuesta del gobierno de no aceptar la deducibilidad del componente inflacionario de los intereses, como mecanismo para equilibrar las fuentes de financiación de las empresas, es adicionada con la inclusión, en la parte no deducible, del ajuste por diferencia en (sic) cambio, en el caso de deudas en moneda estranjera..."

La Sala admite que el mutuo o préstamo con intereses, es un contrato de particular relevancia en la generación de rendimientos financieros para una de las partes y de costos financieros para la otra, pero no que sea el único, pues, "las entidades que estando sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, tengan por objeto propio intermediar en el mercado de recursos financieros", de que trata el artículo 27, letra a), ib., no solamente no son la fuente exclusiva de dichos rendimientos y costos financieros, pues, adicionalmente, los literales b) y c) del mismo artículo prevén los "títulos de deuda pública" y los "bonos y papeles comerciales de sociedades anónimas, cuya emisión y oferta haya sido autorizada por la Comisión Nacional de Valores", sino que estarían en posibilidad de realizar, únicamente por lo que respecta a contratos propiamente "bancarios", los autorizados por el Código de Comercio, esto es, cuenta corriente, depósito a término, depósito de ahorro, apertura de crédito y

descuento, cartas de crédito y cajillas de seguridad, naturalmente aptos para producir los rendimientos y costos en cuestión.

En conclusión, si bien el mutuo o préstamo con intereses es la principal causa del endeudamiento que pretende restringir el artículo 29 de la Ley 75 de 1986, no es la única ni por ende, es acertado sostener que tal norma se refiera sólo al "egreso originado en financiación conseguida de entidades, del sector financiero local o del exterior, en virtud de contratos de préstamo o mutuo", como se dice en la demanda. Por otra parte, la demandante no ha demostrado la naturaleza del hecho, acto o contrato, distinto de los necesariamente comprendidos por el citado artículo 29, que hubiera dado lugar a las diferencias de cambio cuestionadas; se ha limitado a afirmaciones tangenciales sobre que el artículo 29 haría "admisibles los mayores valores del precio de bienes importados, originados en aumento de la tasa de cambio y de los cuales trata el artículo 30 del Decreto 2053 (de 1974), hoy 80 del Estatuto Tributario..."; o sobre que la diferencia de cambio se había originado, "en (el) precio de adquisición de bienes en cuantía de $176.265 y por cargos causados por sobregiros bancarios en cuantía de $120.564...", sin que en ninguna parte la demanda diga cuáles fueron los "bienes importados" o la cuenta corriente que produjo el sobregiro; adicionalmente cabe destacar que las cantidades dinerarias que se mencionan, no corresponden como se afirma, al importe de la diferencia de cambio o del sobregiro, sino que se trata, precisamente, en cada caso, del valor del componente inflacionario no deducible; las cifras reales, en su orden, según lo establecido en el acta de visita y la ampliación del requerimiento especial, son de $5.406.912 y $2.300.829, a la primera de las cuales se aplicó la tasa 3.26%, para obtener el componente inflacionario, $176.265; y a la segunda, 5.24%, con resultado de $120.564.

3. CONGRUENCIA DE LOS ACTOS ACUSADOS.

La correspondencia que, en el artículo 711 del Estatuto Tributario, se predica de los actos de fiscalización y determinación y del acto privado de liquidación, lo es exclusivamente de la declaración, el requerimiento especial y la liquidación de revisión, y no del acto resolutorio del recurso gubernativo, en primer lugar; porque así lo prescribe una norma de clara naturaleza restrictiva; y, en segundo lugar, porque es manifiesto que sí, con motivo del recurso, el contribuyente plantea en su defensa hechos distintos de los que fueron materia del requerimiento y la liquidación oficial, la Administración, al resolverlos todos, necesariamente acudirá a argumentos "nuevos", luego no se exacto que, por analogía, proceda aplicar la regla del artículo 711 citado a un acto no previsto por éste.

4. SANCION POR INEXACTITUD.

Dado que del contexto de los artículos 27, 28 y 29 de la Ley 75 de 1986, surge nítidamente cuáles o de que naturaleza, son los ítems sujetos a la restricción de la última de tales disposiciones legales, razonablemente no es dable suponer diferencias de criterio sobre el derecho aplicable, como circunstancia exonerativa de la sanción, por

un hecho objetivamente inexacto, como lo es el de pretender el reconocimiento de deducciones a las que legalmente no se tiene derecho, con disminución de la base imponible y del tributo a cargo.

5. MODIFICACION DEL ANTICIPO.

A este respecto, la Sala comparte lo dicho por el *a quo* al considerar que si bien es cierto que con anterioridad a la vigencia del Decreto 2503 de 1987 se trataba en forma independiente la modificación de la liquidación del impuesto y el manejo de la cuenta corriente, ello no significa que los funcionarios liquidadores no fueran competentes para determinar los saldos que deben tener en cuenta los funcionarios de cuentas corrientes en su función de recaudo.

En efecto, si al modificar el impuesto a cargo necesariamente se afectan los valores de la cuenta corriente la facultad de revisión y modificación que atribuye el artículo 702 del Estatuto Tributario, no puede considerarse limitada por las atribuciones dadas a la Sección de Cuentas Corrientes, en relación con el recaudo mismo de los impuestos y por ello, en los actos liquidatorios, pueden incluirse modificaciones que afecten la cuenta corriente.

Desestimados los planteamientos y conclusiones de las partes, en los términos que quedan expuestos, sus recursos no están llamados a prosperar.

Por lo expuesto, El Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha,

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leiva, Consuelo Sarria* Olcos.

Carlos Alberto Rojas, Secretario.

CONVALIDACION DE ACTO ADMINISTRATIVO/PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD/REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/NULIDAD DEL ACTO

Aunque doctrinariamente y de manera general pudiera aceptarse la "convalidación" del acto administrativo, dicha figura no es de recibo en nuestro ordenamiento positivo por cuanto que en Colombia existe en forma marcada el principio de la inmutabilidad de los actos administrativos definitivos de carácter particular y concreto, conclusión que surge del análisis de dos materias reguladas en nuestro C.C.A., que, no obstante pertenecer la una al campo de los procedimientos administrativos y la otra a la parte contenciosa, guardan estrecha vinculación, a saber: la revocatoria directa de los actos administrativos tratada en los artículos 9o. y siguientes, en concordancia con el artículo 2o. y por otra parte, las causales de nulidad de los actos consagrada en el artículo 84.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Aplicación/RECURSO GUBERNATIVO

Los actos de carácter particular y concreto pueden ser revocados o modificados por la vía de la revocatoria según el artículo 73, así: Directamente, sin el consentimiento del titular, cuando es evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. Parcialmlente cuando es necesario corregir errores aritméticos o de hecho, siempre que no incidan en la decisión. Mediante el consentimiento expreso del titular de la situación particular creada con el acto y mediante la solución de los recursos previstos en sede gubernativa por la ley. La vía de la revocatoria directa

y de los recursos gubernativos son excluyentes, la primera no puede ejercerse respecto a los actos recurridos. Ambas tienen un límite en el tiempo: los recursos en el término que incida la ley (art. 51) y la revocatoria hasta antes de ser admitida la demanda ante la jurisdicción.

ACTO ADMINISTRATIVO-Nulidad/**JURISDICCION CONTENCIOSA/ COMPETENCIA FUNCIONAL**

No tiene cabida en nuestro medio jurídico la figura de la inexistencia del acto administrativo. Sólo la de la nulidad por las causales consagradas en el artículo 84 del C.C.A, el cual no contempla gradualidad alguna. Atendiendo a sus elementos esenciales, el acto es nulo o no lo es, sin admitir grados contemplados en otros campos, como el de las nulidades absolutas y relativas. Una vez en firme el acto y de no ser posible la revocatoria directa, solamente la jurisdicción de lo contencioso administrativo goza de competencia de orden constitucional para suspender sus efectos o para decretar su nulidad a través del ejercicio de las acciones judiciales correspondientes. El juzgamiento de la controversia sobre si en la expedición de un determinado acto se incurrió o no en alguna de las causales de anulación, corresponde exclusivamente a la jurisdicción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5025. Actor: Inversiones Venecia S.A. Impuesto Valorización. Fallo.

INVERSIONES VENECIA S.A., INVENSA, la actora, mediante apoderada, apela de la sentencia de primer grado, del 25 de junio de 1993, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido contra la resolución 10731 del 25 de noviembre de 1986, expedida por la Subdirección de Valorización del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Por el acto acusado se distribuyó, en suma de $353.323.370, "la contribución de valorización causada por la construcción y pavimentación de la Segunda Calzada de la carretera Cali-Palmira en el Departamento del Valle del Cauca. Ruta 25. Tramo 05", habiéndose fijado la zona de influencia de la obra y anexado el listado de beneficiarios.

LA DEMANDA

Dice afectada de nulidad la liquidación practicada mediante el acto acusado, por los conceptos que se resumen:

1. Errores en el trámite

Que asume incurridos respecto de los "elementos integrantes del proceso tributario" previstos por los artículos 26, 27, 28, 32, 34, 35, 43, 51 y 88 del Decreto 1394 de 1970, en conexión con el Decreto 1173 de 1980 y la Resolución 1722 de 1984 del Ministro de Obras Públicas, por ausencia de:

a) Estudio y determinación, independiente, del "área de beneficio" de la obra, que debían anexar, además, plano general y memoria explicativa de la misma: la determinación de la zona de influencia sólo figuró en el artículo 2o. de la resolución demandada;

b) estudio sobre plusvalía del área incidida por la obra;

c) cuadro completo de costos de la obra;

d) censo de inmuebles de la zona de influencia;

e) anteproyecto de distribución del gravamen a cada predio, sustituido por un "informe (...) que (...) indica el monto total a fijar por hectárea";

f) fijación, por el Ministerio de Obras Públicas, de métodos y criterios, de distribución de la contribución y apreciación del beneficio; tal fijación, en el caso, se habría realizado por la Oficina de Valorización del departamento, "sin criterio ni fundamento alguno", ni competencia;

g) estudio y comunicación sobre las objeciones de los propietarios, que debía preceder a la expedición de la "resolución distribuidora de la Contribución", o sea, la acusada; igualmente, se afirman incumplidos los requisitos en cuestión ("estudios, informes, actos administrativos y actuaciones que son parte integrante del proceso de distribución de la contribución de valorización"), por el contrato No. 449 del 14 de noviembre de 1983, suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y Valorización del Departamento (para "adelantar los estudios de liquidación y distribución de valorización causada" por la obra de que se trata), pues su cláusula 1a., parte del hecho de haberse causado ya una valorización, impidiéndose el estudio sobre si efectivamente "había una *plus-valía* (sic) a (sic) distribuir", aparte de que su objeto no contempla la determinación de la zona de influencia, y la cláusula 3a., no observa el orden en que se debían realizar los estudios y trabajos, según las normas del Decreto 1394 de 1970, ni contiene todos los estudios y actos que debían contratarse, pero sí algunos que no podían ser materia de contratación; adicionalmente, Valorización del Departamento se

habría limitado a presentar un sólo informe final, sin los "estudios, trabajos informes y documentos exigidos por el contrato" y las normas de que se habla; a continuación, se reproduce lo que, sobre la materia, dice un tratadista (ver fls. 92 a 96 C.P.); del mismo modo, apartes de un concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, del 13 de febrero de 1975, y de la sentencia de la misma Corporación, del 9 de marzo de 1971 (ver fls. 97 a 100 Ibíd.)

2. Incompetencia del Subdirector de Valorización.

"...para expedir el acto administrativo mediante el cual se fija la zona de influencia..."

Alude al señalamiento hecho por el artículo 2o. de la resolución impugnada, con base en facultades "supuestamente otorgadas mediante la resolución 1722 del 15 de marzo de 1984", que habría violado los artículos 20 y 63 de la Constitución, 6 y 32 del Decreto 1173 de 1980 y 1o. de la resolución 1722 de 1984.

Explica extralimitadas las funciones del Subdirector de Valorización del Ministerio de Obras Públicas, en cuanto éste habría ejercido unas funciones que no le correspondía, ni le habían sido delegadas, ya que la de precisar la zona de influencia de la obra pública en cuestión no estaba contemplada en la invocada resolución A-22 del 15 de marzo de 1984, el Ministro de Obras Públicas; al respecto, se reproducen, nuevamente, apartes de la sentencia del 9 de marzo de 1971 antes citada.

3. Inexistencia de la contribución en el presupuesto de rentas de la Nación.

Con violación de los artículos 206 de la Constitución y 80 del Decreto 1394 de 1986, toda vez que por las vigencias fiscales de 1986 y 1987 no se habían calculado ingresos por el concepto discutido, no obstante que la resolución demandada preveía la percepción de tales ingresos "a partir de finales de 1986 y durante todo el año de 1987"; sobre el "alcance jurídico" del primero de los artículos citados, se transcriben párrafos de la sentencia de la Corte, del 3 de agosto de 1971.

4. Falta de notificación del acto acusado.

Sostiene, al respecto, que la notificación por edicto realizada, lo fue con quebrantamiento de los artículos 52 del Decreto 1394 de 1970, 45 del Decreto 01 de 1984 y 323 del Código de Procedimiento Civil, a más del 10 de la propia resolución demandada, pues,

a) El edicto no se fijó en el sitio previsto por ésta, con desconocimiento del derecho de defensa;

b) ni lo fue por el término legal, dado que no obra constancia de la hora de su fijación;

c) ni en el mismo se incluyeron los anexos de la resolución notificada ("los que comprenden los requisitos a que se refiere el literal b" del artículo 52 del Decreto 1394

de 1970: "nombre de los propietarios gravados, con indicación de los respectivos inmuebles y de las contribuciones a cada uno asignadas"); la Resolución en cuestión, pues, sólo se debería entender notificada a quienes lo fueron personalmente, no siéndoles exigibles a los demás.

5. Falta de prueba de la plusvalía.

Afirma que, en el "proceso triburario", no se acreditó que la obra de que se trata hubiera generado un mayor valor de la propiedad inmueble que ocupaba la "zona de influencia"; de los artículos 1o. del Decreto 1604 de 1970 y 1o., 3o., 4o., 5o., 31 y 36 del Decreto 1394 de 1970, cuya transcripción hace, infiere sujeta la contribución a que se genere en una obra de interés público que produzca un beneficio a la propiedad inmueble, beneficio que debe probarse por el ente que decrete, liquide, destribuya o recaude aquélla, sin que el valor de la contribución pueda exceder dicho beneficio o mayor valor de la propiedad, encontrando, pues, infringidas las invocadas normas; en esta punto, remite a los "hechos 29, 33, 34, 36, 48, 49, 69, 78, 79, 80, 81, 82, 86, 87, 88, 89, 90 a 96, 103 y 106 a 113" de la demanda, donde se relacionan los "supuestos beneficios" generados por la obra, según el estudio de valorización departamental, las glosas a éste, hechas por el representante de los propietarios y los "verdaderos hechos generadores de mayor valor en la propiedad raíz", concluyéndose que los propietarios de los predios afectados, carecían de interés en la obra, por existir ya una vía de una calzada que les era suficiente, de modo que la nueva calzada no habría solucionado problemas locales, sino los de transporte de una vía que hacía parte de una carretera nacional, como constaría en el aviso de prensa que convocó a los propietarios para elegir representante y que estaría dirigido fundamentalmente a los usuarios del sistema de transporte y no a los propietarios de predios vecinos, así como en el "informe final" de diciembre de 1984 anexo al contrato de que se habló arriba, destacándose, contrariamente, que el informe no señala como beneficio directo "la facilidad de transporte" de productos de estos predios, teniéndose por sabido que el producto de tales predios, la caña de azúcar, "tiene como destino final el Ingenio de Central Tumaco" y que por disposición del INTRA ("resolución 336 de octubre 8 de 1977"), por las vías nacionales está prohibido el paso de "trenes cañeros de más de una unidad de arrastre con cinco de carga", fuera de que, en la práctica, éstos no transitan por la vía Cali-Palmira, sólo por rutas internas de los propios predios, u otras regionales o nacionales.

Censura, por otro aspecto, la forma "técnica" como, a folio 62 del aludido informe final, se determinó la valorización de la tierra que, entre otros defectos, ofrecería los de que se tomen factores, como "el costo de la vida y la devaluación", ajenos a la construcción de la obra, que se dan en todo el país y no sólo en el área de ésta, o no se considere, en los cálculos del mayor valor, el valor de otras obras construidas por entidades oficiales o por los mismos propietarios; sobre el particular, se copian apartes de la sentencia de Consejo de Estado, del 15 de abril de 1971 (Ver fls. 121 y 122 Ibíd.) y se reproducen nuevamente los conceptos de un tratadista (Ver fls. 122 a 125 Ibíd.).

Dice "preocupante", el hecho de que el estudio de Valorización Departamental hubiera desestimado el valor de obras, como la adecuación de tierras y protección contra inundaciones, en el cálculo de la plusvalía, sin una explicación satisfactoria, mientras que en el estudio que sirvió para el cobro de la obra de adecuación de tierras, "Palmira-Frayle-Bolo", constaba que las tierras se habían beneficiado, "a tal punto, que el valor de las mismas se duplicó..."; carecería, pues, de veracidad, la afirmación del ente de Valorización Departamental en el sentido de que ni las obras realizadas por otras entidades oficiales, ni las privadas efectuadas por los propietarios hubieran causado valorización. A continuación, hace una relación de los "daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de la obra" (Ver fls. 133 y 134 Ibíd.).

La demanda fue corregida, mediante escrito del 28 de junio de 1988, en el sentido de adicionar "hechos nuevos que vician de nulidad absoluta la resolución 10731 de noviembre 25 de 1986" (el acto demandado), a saber, que por Decreto 2503 del 4 de agosto de 1986 (D.O. No. 37589, agosto 14 de 1986), el Presidente de la República hubiera modificado la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, disponiendo, en el 1o., la supresión del cargo de Subdirector de la Subdirección de Valorización de la Dirección de Carreteras del Ministerio citado; en el artículo 2o. la creación del cargo de Jefe de Oficina de la Subdirección de Valorización del mismo Ministerio; y en el 3o., que el decreto debía regir desde su publicación; que por Decreto 3594 del 2 de diciembre de 1986 (D.O. No. 37726, diciembre 3 de 1986), el Presidente de la República hubiera nombrado, entre otras personas, a Emiro Flórez Hurtado (quien, como Subdirector de Valorización, había firmado el acto impugnado en edicto notificatorio) para el cargo de Jefe de oficina de la Subdirección de Valorización, con vigencia desde la publicación del Decreto, de modo que al expedirse, el 25 de noviembre de 1986, la resolución demandada, cuando dicho funcionario se encontraba desvinculado del servicio en el Ministerio y carecía de competencia para ejercer funciones públicas, el mismo habría usurpado éstas, tanto en lo relacionado con el acto mismo demandado, como con el de su notificación por edicto, con violación de los artículos 25 y 28 del Decreto 2400 de 1968, 117 del Decreto 1950 de 1973, 251 de la Ley 4a. de 1913 y 63 y 65 de la Constitución.

LA SENTENCIA

Rechaza las excepciones de "improcedencia del acto administrativo", "legalidad del acto administrativo" e "inexistencia del derecho de exención", propuestas por la parte demandada, la primera, por ser, precisamente, materia de *litis* que debe desatarse en el fondo, la competencia del Subdirector de Valorización para proferir el acto atacado en la parte referente a la delimitación de la zona de influencia de la obra pública; la segunda, por entender que, para que sean resueltas, las excepciones deben tener la naturaleza jurídica de tales y no consistir en otros medios de defensa, así se denominen éstos "excepciones"; y, la última, por la misma razón anterior.

En lo concerniente a las pretensiones de la demanda, se pronuncia en sentido igualmente desestimatorio:

1. Respecto de los "errores en el trámite".

Por cuanto considera que la resolución impugnada sí cumplió los requisitos del Decreto 1394 de 1970, relativos al proceso de liquidación, distribución y cobro de la contribución, en particular en su artículo 25, por constar en el contrato celebrado entre la Nación, Ministerio de obras Públicas y Transporte, y el Establecimiento Público de Valorización del Departamento del Valle del Cauca, cláusula primera, objeto del contrato, que el segundo se comprometía a adelantar los estudios de liquidación y distribución de la contribución, "de conformidad con los principios consagrados en el Decreto Legislativo 1604 de 1966 (Ley 48 de 1968) y Decreto Reglamentario 1394 de 1970", desprendiéndose haber delegado la Nación en el Departamento de Valorización, prácticamente todo el proceso inherente a los estudios en cuestión, y que éste satisfizo, según lo demostraría el "informe final", de diciembre de 1984, presentado por el mismo, que resume los métodos seguidos en las investigaciones y los resultados obtenidos en materia de los objetivos trazados, evacuándose los temas "aspectos físicos de la región, descripción de la obra, aspectos socio-económios, determinación de la zona de influencia, análisis de beneficios para el usuario, liquidación de contribuciones, sistematización, conclusiones y recomendaciones y desenglobe"; además previamente a la distribución de contribución, según lo dicho por la resolución impugnada, se habrían cumplido, entre otras, estas actuaciones:

a) expedición de la resolución 1588 del 10 de marzo de 1987, que determinó, como obra nacional que causaba la contribución, la construcción y pavimentación de la vía de que se hable, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Valorización;

b) reglamentación, por resolución 9226 del 25 de octubre de 1985, de la elección de representantes de propietarios;

c) realización, en la Alcaldía de Palmira, de los respectivos escrutinios de la votación;

d) estudio de las reclamaciones de los contribuyentes, por la Subdirección de Valorización del Ministerio de Obras y su sometimiento a consideración del Consejo Nacional de Obras Públicas;

e) expedición, por éste, del concepto favorable sobre "la distribución, recaudo y forma de pago de la contribución", según Acta 37 del 16 de septiembre de 1986;

f) expedición del Acta final de 21 de diciembre de 1984, por la que Valorización Departamental entregó al Subdirector de Valorización Nacional, con participación del interventor y un delegado de Auditoría General, de los trabajos realizados, referentes al contrato antes aludido (No. 449 de noviembre 14/83), y en la que se relacionan, el "análisis general del beneficio producido por la obra, desde el punto de vista del propietario y del usuario", la "determinación de la zona de influencia", la "recomendación del monto total a distribuir", la "definición del

método de distribución", la "liquidación de las contribuciones individuales", los "listados de distribución de las contribuciones, por orden alfabético, predial y cuadros estadísticos" y la "memoria explicativa de los métodos aplicados en la liquidación de los gravámenes y planos complementarios", a todo lo cual se agregaría que nada impediría fusionar, en un sólo acto, varios informes.

Advierte, así mismo, obrante en el expediente, el Acta 37 del 16 de septiembre de 1986, del Consejo Nacional de Obras Públicas y Transporte, que en su ordinal 5o. recoge el "orden del día" y en el cual consta el pronunciamiento sobre las reclamaciones del representante de los propietarios contra la resolución 10731 del 25 de noviembre de 1986, la demandada, aparte de "una serie de análisis de los diferentes estudios y documentos elaborados por la Subdirección de Valorización en las diversas etapas, para establecer el cobro de la contribución de valorización..."

2. En relación con la "incompetencia del Subdirector de Valorización".

Porque éste se habría limitado a distribuir la contribución en la zona de influencia fijada en el "informe final" rendido por Valorización Departamental, en cuyas páginas 82 y 83 consta la "descripción" de dicha zona (se transcribe el primer párrafo).

3. Referente al hecho de no figurar la contribución en el presupuesto de rentas de la Nación.

Porque observa que el Ministerio de Obras Públicas hizo exigible el gravamen con base en el artículo 2o. del Decreto 1604 de 1966 ("en cuanto a la Nación, estos ingresos y las correspondientes inversiones funcionarán a través de un Fondo Rotatorio Nacional de Valorización dentro del Presupuesto Nacional"), norma que, aunque no mencionada en la Resolución impugnada, era de obligatoria observancia; adicionalmente, el argumento de la actora en el punto, "en nada le beneficia, ya que su controvertido derecho es ajeno a las normas que regulan el presupuesto nacional"; cita la certificación expedida por el Subdirector de Valorización (fls. 484 y 485 C.P.), según la cual, "en el Decreto de Liquidación de Presupuesto No. 3719 de diciembre de 1986, específicamente en el Capítulo 7o., numeral 42, cuota de valorización por obras nacionales, se estimó el valor de ($584.000.000) como contribución de valorización, incluyendo dicha vía, de los cuales se distribuyeron (sic), mediante resolución 5434 del 25 de junio de 1987, la suma de ($480.800.000) cuyo rubro se asignó en el Capítulo 01, Programa 3801, artículo 63350A, Proyecto1, Fondo Rotatorio Nacional de Valorización..."; la comunicación inserta, anuncia remitir copia del anteproyecto de presupuesto por 1987, enviado por el Ministerio de Obras Públicas el 6 de enero de 1987, "con su respectiva justificación y proyección de recaudos del mencionado año ..."; cita, igualmente, la resolución 5434 del 26 de junio de 1987, del Ministro de Obras Públicas, con transcripción de sus considerandos, en los que se alude al Decreto 3719 del 23 de diciembre de 1986, "por el cual se liquida y expide el Presupuesto Nacional para la vigencia fiscal de 1987" y se da cuenta de las asignaciones para el Fondo Nacional de Valorización, entre otros aspectos de interés.

4. Por lo que hace a la "indebida notificación de la resolución impugnada".

En razón de que, como lo expresara la parte opositora, el cargo era parcialmente cierto en lo tocante a la transcripción de textos, no así en cuanto a los vicios de notificación alegados, pues se habían seguido las normas de los Decretos 01 de 1984 y 1394 de 1970, éste, especial en la materia, advirtiendo, además, que de la "parte resolutiva del edicto (...) se desprende que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte intentó tanto la notificación personal como la subsidiaria, según lo preceptuado en el Decreto 1394 de 1970, norma especial y por el Código Contencioso Administrativo", no observándose que la demandante hubiera demostrado la no fijación del edicto por el término legal; ni que el listado de propietarios fuera requisito de la notificación por edicto, según el artículo 45 del Decreto 01 de 1984.

5. De la "falta de prueba de la plusvalía".

Porque halla que el estudio de valorización denominado "informe final", presentado en cuaderno separado, contiene una serie de capítulos dentro de los que obra el llamado "aspectos socioeconómicos", cuyos títulos son, "características de la zona de influencia, tendencia y valor de la tierra", "estimación del potencial económico de las tierras incluídas en la zona de influencia", "estimación y cálculo del beneficio producido por la obra y plusvalía" y "consideraciones generales", entre otros, de los cuales transcribe apartes del penúltimo, concluyéndose demostrado dentro del proceso la plusvalía generada por la obra de que se trata, para la propiedad inmueble situada en la zona de influencia, conforme al análisis de las pruebas allegadas al proceso; sobre la prueba pericial pedida por la actora, para el fin en cuentión, resalta la circunstancia de no haberse practicado la misma, por ausencia de la apoderada de aquélla y de uno de los peritos, fuera de no haber precisado la peticionaria la ubicación y linderos de los predios objeto de la diligencia; carecerían, así, "de fundamento lógico y técnico, las afirmaciones relativas a que una obra de la magnitud de la segunda calzada entre Cali (y) Palmira, que obviamente constituye una gran inversión por parte del Estado para el progreso de la comunidad, no reporte beneficio alguno a los inmuebles inmediatos y mediatos a ella; vistos los documentos aportados al proceso, se observa que los predios (...) descritos (...) en el libelo (...) colindan con la vía construída y como consecuencia (...) reciben de manera directa el beneficio que ésta genera y, por ende, se hacen acreedores (sic) al gravamen de valorización (...), de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1604 de 1966 y 1394 de 1970..."

EL RECURSO

Dice "plenamente probados" los hechos de la demanda, por lo que, en consecuencia, discrepa el fallo de primera instancia:

1. En materia de la incompetencia del Subdirector de Valorización.

Pues, quien expresó obrar como tal, invocó facultades ("supuestamente") contenidas por el artículo 1o., numeral 1o., de la resolución 1722 del 15 de marzo de 1984,

y fijó la zona de influencia de la obra en cuestión, con violación de los preceptos constitucionales y legales y los conceptos indicados en la demanda.

El pretendido Subdirector, carecería de la delegación necesaria para expedir el acto acusado, según lo demostraría la expedición de la resolución 3753 del 9 de mayo de 1989 ("presuntamente convalidatoria"), que expresa duda "acerca de la validez de los actos administrativos citados en el considerando precedente", aunque el Ministro no había revocado las delegaciones, ya que suprimido el cargo de Subdirector de Valorización (por Decreto 2503 del 4 de agosto de 1986, fls. 213-220 C.P., conforme a lo expuesto en la corrección de la demanda), se extinguía jurídicamente la delegación de funciones a dicho cargo, sin que hiciera falta la revocación expresa del Ministro; la afirmación en el sentido de que el funcionario Flórez Hurtado no se hubiera separado del cargo y continuara ejerciendo las funciones delegadas, implicaría el desconocimiento de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, conforme a los cuales, "la supresión de un cargo (significa) la insubsistencia inmediata" ("es que al suprimirse un cargo, obviamente se suprimen también las funciones a él atribuídas"); del mismo modo, decir que procedía la convalidación sólo podría hacer relación a nulidades relativas, no a las absolutas, como la del caso, por haberse expedido el acto acusado, por persona sin investidura de funcionario público, ni capacidad ni competencia; y que, aún en circunstancia de que operará la convalidación, el acto tendría que haberse notificado a los afectados conforme a lo dispuesto por el Estatuto Nacional de Valorización, lo que no ocurrió, pues la resolución en cuestión no se habría notificado, sino publicado "en el boletín No. 23 del 9 de junio de 1989", aspectos sobre los que se habría pronunciado esta Corporación en sentencia del 9 de junio de 1993, algunos de cuyos apartes se transcriben; se reproducen, igualmente, el concepto de la Fiscalía de instancia, favorable a las pretensiones de la demanda.

2. Tratándose de los "presupuestos básicos de la imposición".

Por encontrarse éstos contemplados en el Decreto 1394 de 1970, como esenciales en la determinación de la contribución, punto en el que se repiten argumentos fundamentales de la demanda, contra lo expresado en la sentencia.

3. En relación con el hecho de no figurar la contribución en el presupuesto.

Porque la certificación que acoge el Tribunal se basaría en "una apreciación personal" del certificante, pues, en el Decreto a que ahí se alude, "no se discrimina la suma por valorización para la realización de la segunda calzada de Cali-Palmira", como tampoco se discriminaría en la resolución 5434 del 25 de junio de 1987 que menciona el fallo.

4. En cuanto a la notificación indebida.

Supuesto que la realizada por edicto habría quebrantado las normas invocadas en la demanda y por los conceptos entonces explicados.

5. Con referencia a la ausencia de la plusvalía.

Por razones similares a las esgrimidas en la demanda añadiéndose el concepto de un tratadista italiano y lo que, sobre el particular dice el artículo 17 del Modelo del Código Tributario para la América Latina.

La recurrente, adicionalmente, niega que el "informe final" invocado en la sentencia, haga constar el beneficio en discusión para la propiedad inumeble, pues reiteradamente alude a los "usuarios" de la vía; se refiere también a los perjuicios sufridos por la propiedad inmueble de la demandante, ocasionados por inundaciones que, a su vez, habrían derivado de "los niveles en que quedaron los puentes que se construyeron sobre los ríos Frayle y Bolo, que fueron parte de la obra de construcción y pavimentación" de que se trata.

El alegato de conclusión se presenta en términos análogos.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso, se pronuncia por la anulación del acto administrativo enjuiciado, en virtud del cargo de incompetencia, que estima el de mayor entidad, sin lugar para la convalidación.

Sobre textos de Manuel María Díez, entiende ésta referida "al acto irregular o inválido que, en ciertos casos y siguiendo determinados parámetros, es susceptible de ser validado por otro acto posterior", pero sólo tratándose de un acto general, "porque -al decir de otro tratadista- las situaciones jurídicas concretas sólo pueden definirse de acuerdo con las normas vigentes al momento de la expedición del acto respectivo...", esto es, que la incompetencia jerárquica o por razón del grado, sería susceptible de convalidación, sólo "cuando el acto mismo asuma el carácter de reglamento, creador de situaciones generales e impersonales".

Prosigue que si, en el caso, la delegación había sido para el Subdirector de Valorización el cargo fue suprimido (como lo revelaría el propio Ministro en la resolución 3753 del 9 de mayo de 1988, por la que pretendió convalidar la resolución acusada), "la delegación misma quedaba sin piso y se requería un nuevo acto administrativo que le confiriera determinadas atribuciones, específicas y concretas, al nuevo cargo denominado jefe de Oficina...", resaltándose el hecho de que, para cuando se suscribió la resolución atacada, el 25 de noviembre de 1986, se había suprimido el cargo de Subdirector de Valorización, con cuyo respaldo se profirió el acto demandado, aparte de que, según lo observara el Ministerio Público en la primera instancia del juicio, otra de las censuras de la demanda, consistía en la falta de competencia del Subdirector de Valorización para determinar la zona de influencia a que se refería el 26 del Decreto 1173 de 1980, que era, en efecto, atribución del Ministro, según el artículo 2o. Ibíd., no delegada; ilustrativa, al respecto, resultaría la sentencia del 9 de junio de 1993, de esta Corporación, dictada en el Proceso No. 5497.

ALEGATO DE LA CONTRAPARTE

Acerca del procedimiento de distribución de la contribución, sostiene que las normas del Decreto 1394 de 1970, Reglamentario del 1604 de 1966, son tan lógicas y claras, en especial en sus artículos 26 y 38, que no admitirían interpretaciones que

pretendieran establecer "nuevos pasos y requisitos", menos con el fin de eludir el tributo, como lo haría la actora, que exigiría "formalidades especiales para la fijación de la zona de influencia que no incluye la ley, sólo pretende basar en ello el no pago de la obligación...".

Otros apartes del alegato, se contraen a "la participación de los beneficiarios", a cuyo efecto se habría dado la necesaria publicidad al procedimiento, oídas las objeciones de los propietarios a través de su representante, resueltas las mismas y notificado el acto distribuidor, sin que la demandante, pese a los esfuerzos de la Administración, hubiera comparecido a recibir la notificación, hecho ajeno a esta, pero que por lo posteriormente actuando se debería entender por surtida; "los beneficios producidos por la obra", que habría sido establecido en el "informe final", mediante la clara relación de los mismos; "la convalidación de la actuación del Subdirector de Valorización", según aclaración producida por certificación del Jefe de la División de Personas del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con respecto a la situación de los Subdirectores del Ministerio, ocasionada por el Decreto 2503 del 4 de agosto de 1986, "con el que se cambió la denominación de los cargos, sin que ello implicara cambio en las funciones, ni separación del servicio..."; la "exención del pago por cesión", que sólo podría tener lugar, de conformidad con el Decreto 701 de 1952, cuando el contribuyente afectado hubiera cedido, gratuitamente, a la Nación, "las zonas requeridas para la construcción de la obra", hecho no demostrado en el proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como en este proceso se plantean los mismos temas expuestos en los juicios números 4990, actor: Central Tumaco S.A., y 4956, actor: Compañía Palmaseca Ltda., en los que se formulan en primer lugar, cargos de nulidad basados en aspectos que afectan la expedición del mismo acto impugnado, como son los relativos a la competencia y al procedimiento, estima la Sala pertinente adoptar lo expuesto en la sentencia proferida por esta Sección, el 11 de febrero del año en curso para decidir sobre el primero de aquellos procesos.

LA COMPETENCIA Y SU CONVALIDACION

En la segunda instancia la parte demandante insiste en este aspecto y el Ministerio Público limita su alegato prácticamente al mismo, por lo cual es necesario atenderlo en primer término.

Encuentra la Sala que la falta de competencia del funcionario que expidió la resolución 10731 en noviembre 25 de 1986 (Emiro Flórez Hurtado. Subdirector de Valorización), es un aspecto claramente establecido en el expediente, ya que como lo expone la señora Procuradora Sexta Delegada "fue dictada por persona desinvestida de su función y por lo tanto, sin competencia alguna para tomar determinaciones de carácter administrativo". Pero fue la misma Administración la que corroboró este hecho cuando, la motivación de la resolución 3753 de mayo 9 de 1989 fue precisamente la de convalidar por el Ministro las liquidaciones practicadas con anterioridad.

De acuerdo a lo anterior y establecida la falta de competencia de quien dictó la resolución 10731, no hay duda de haberse configurado la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A.

El problema que debe dilucidarse es el creado con la resolución 3753 de mayo 9 de 1989 que el Ministerio le atribuye poder de convalidación o de "saneamiento" y que niega la actora.

Aunque doctrinariamente y de manera general pudiera aceptarse la "convalidación" del acto administrativo, dicha figura no es de recibo en nuestro ordenamiento positivo por cuanto que en Colombia existe en forma marcada el principio de la **inmutabilidad** de los actos administrativos definitivos de carácter particular y concreto, conclusión que surge del análisis, por lo menos, de dos materias reguladas en nuestro Código Contencioso Administrativo que, no obstante pertenecer la una al campo de los procedimientos administrativos y la otra a la parte contenciosa, guardan estrecha vinculación, a saber: la revocatoria directa de los actos administrativos tratada en los artículos 69 y siguientes, en concordancia con el artículo 62 y, por otra parte, las causales de nulidad de los actos, consagrada en el artículo 84.

1. La Revocatoria.

Los actos de que se viene hablando, o sea, los de carácter particular y concreto, una vez agotada la vía gubernativa por no haberse hecho uso de los recursos procedentes o porque éstos se decidieron, adquieren firmeza y ejecutoriedad en grado tal que por sí sólos permiten a la Administración exigir su cumplimiento aún por la vía de la coacción (art. 68) y simultáneamente crean en favor del particular derechos cuya estabilidad garantiza la Constitución.

Excepcionalmente puede revocarlos o modificarlos la Administración por la vía de la revocatoria según el artículo 73, así:

- Directamente, sin el consentimiento del titular, cuando es evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

- Parcialmente cuando es necesario corregir errores aritméticos o de hecho, siempre que no incidan en la decisión.

-Mediante el consentimiento expreso y escrito del titular de la situación particular creada con el acto y

- Mediante la solución de los recursos previstos en sede gubernativa por la ley, según el artículo 50.

La vía de la revocatoria directa y la de los recursos gubernativos son excluyentes, la primera no puede ejercerse respecto a los actos recurridos (art.70). Ambas tienen un límite en el tiempo: los recursos en el término que indica la ley (art. 51) y la revocatoria hasta antes de ser admitida la demanda ante la jurisdicción. Después de esos términos a la Administración le está vedado revocarlos o modificarlos y en esto radica la manifestación del principio de la inmutabilidad.

2. La Nulidad.

No tiene cabida en nuestro medio jurídico la figura de la inexistencia del acto administrativo. Sólo la de la nulidad por las causales consagradas en el artículo 84 del C.C.A., el cual no contempla gradualidad alguna.

Atendiendo a sus elementos esenciales, el acto es nulo o no lo es, sin admitir grados contemplados en otros campos, como el de las nulidades absolutas y relativas.

En atención a otros factores relativos al proceso de formación pueden darse consecuencias como la ineficacia (por falta de notificación, etc.) o la falta de firmeza (por falta de ejecutoria) o la inejecutividad, pero son aspectos distintos al de su existencia.

Una vez en firme el acto y de no ser posible la revocatoria directa solamente la jurisdicción de lo contencioso administrativo goza de competencia de orden constitucional para suspender sus efectos o para decretar su nulidad a través del ejercicio de las acciones judiciales correspondientes.

El juzgamiento de la controversia sobre si en la expedición de un determinado acto se incurrió o no en alguna de las causales de anulación, corresponde exclusivamente a la jurisdicción. Tales causales contemplan no sólo la de infringir las normas en que debe fundarse, sino las irregularidades en que pudo haber incurrido el funcionario en el momento en que lo expidió (competencia, forma, motivación, objetivos, derecho de defensa).

Esas causales también pueden justiticar la revocatoria directa, pero la circunstancia de que la Administración no pueda ejercer ésta sino hasta antes de la admisión de la demanda, significa que una vez interpuesta ésta sólo la jurisdicción puede anular o corregir el acto y por ello la ley revistió al juez administrativo de facultad para estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificarlas o reformarlas (art. 170).

Para resolver el caso que se atiende en esta ocasión, es necesario recalcar en las siguientes circunstancias:

a) La resolución de derrame de la contribución es un acto de carácter particular y concreto puesto que define la obligación en su cuantía y términos de pago en cabeza de varios propietarios plenamente identificados, a quienes se les otorga recursos para reclamar. Por ello el estatuto de valorización contiene normas especiales sobre la forma de hacer las notificaciones y los términos para atender los recursos de los inconformes.

b) El acto de "convalidación" de la citada resolución no podía considerarse como un acto general, sino con efectos concretos en los 32 particulares señalados en ella y por tanto era obligatoria su notificación en la misma forma como debió

notificarse la primera. El tratamiento de acto de carácter general atribuido para considerar válida su comunicación a través de la publicación en la Gaceta del Ministerio (y además, sin otorgar recursos) conduce a su ineficacia jurídica por falta de notificación y por desconocer su característica de acto de carácter particular y concreto.

c) Por otra parte, menos podría aceptarse la convalidación del vicio de incompetencia hecho en el caso que se atiende, después de haber sido radicada la demanda en la cual la actora impugnó el acto administrativo por adolecer de aquel defecto. Evidentemente la demanda se radicó el 28 de abril de 1987 (fl. 159) y mucho tiempo después, concretamente el 9 de mayo de 1989 el Ministerio de Obras Públicas y Transporte expidió la resolución 3753 a la cual éste le imputa el poder de convalidación o saneamiento.

Esta actitud de la Administración es criticable porque conlleva un fraude a la función jurisdiccional, agravado con la circunstancia de haberla hecho sin conocimiento directo de los particulares involucrados.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Acuerdo con lo Solicitado por el Ministerio Público procederá a declarar la nulidad invocada y respecto a la resolución 3753 que no pudo ser objeto de impugnación por haberse expedido con posterioridad, considera que no pudo producir los efectos convalidatorios según lo expuesto inicialmente, pero además, como acto particular carente de notificación es claro que no produjo ningún efecto sobre la resolución 10731, de donde resulta imperativo declarar la nulidad de esta última y de la resolución 6126 del 12 de julio de 1988 que la corrigió.

Esta decisión se hace únicamente con relación a la sociedad demandante en este proceso, iniciado y adelantado en ejercicio de la acción subjetiva del artículo 85 del C.C.A., por lo que sus efectos no pueden ser generales sino particulares respecto exclusivamente a la actora.

Se dispondrá la devolución de las sumas por el concepto discutido y que demuestre haber pagado, pero ajustadas según el artículo 178 del C.C.A., según el índice de precios al consumidor y no según el valor de las Unidades de Valor Constante UPACS como lo pide sin ningún respaldo legal la demandante.

Así mismo, se dispondrá levantar la inscripción del gravamen, en las Oficinas de Registro competentes.

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

FALLA:

1. **REVOCASE** la sentencia apelada.

2. En su lugar, **DECLARASE** la nulidad de la resolución No. 10731 proferida el 25 de noviembre de 1986 por el Subdirector de Valorización del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, tenida en cuenta la corrección hecha mediante la resolución No. 6126 del 12 de julio de 1988, en lo que se refiere a la contribución de valorización de los predios de la sociedad INVERSIONES VENECIA S.A. "INVENSA S.A." NIT: 90.318.252, a saber:

Orden	Nombre Predio	Catastro	Area HCT	Contribución
01880		001011151	3.0715	58.635
01920	LA HERRADURA	001012178	194.7200	5.705.551
05170	LA ESTANCIA	001011111	30.7200	825.831
05180	POTRERO EL	001011128	51.5200	1.001.107
05190	LA ESTANCIA	001011087	15.3538	293.111
05200	LA ESTANCIA	001011088	15.3538	321.028
05210	ESTANCIA 1	001011009	26.7403	694.888
05220	LA ESTANCIA	001011082	24.3050	596.566
05230	LA ESTANCIA	001011083	15.8370	355.966

3. COMUNIQUESE a la Oficina de Registro del Círculo de Palmira para efectos de levantar la inscripción del gravamen distribuído por las citadas resoluciones sobre los predios de la actora indicados anteriormente.

4. Como consecuencia, la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte- reintegrará a la citada sociedad las cantidades dinerarias que demuestre haber pagado por el gravamen antes mencionado, ajustado en su valor en los términos previstos en el artículo 178 del C.C.A.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,* (Salvó el voto).

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

CONVALIDACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO/ACTO ADMINISTRATIVO-Saneamiento/(Salvamento de Voto)

Las precisiones sobre la revocatoria directa y la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para suspender los efectos o decretar la nulidad de los actos administrativos es decir que corresponden a la interpretación de las normas positivas que regulan la modificación, la revocatoria y la nulidad de los actos administrativos en el derecho colombiano, a mi juicio, no son aplicables al tema de la convalidación de dichos actos, toda vez que esta figura, aceptada por la doctrina del Derecho Administrativo y también algunos casos por la jurisprudencia, corresponde a un fenómeno diferente, ya que por el contrario a la modificación, revocatoria o nulidad del acto administrativo, la convalidación se da cuando se reconocen y sanean las fallas de una decisión administrativa, para que produzca los efectos buscados con su expedición, pero no para modificarla o extinguirla. Se trata de un mecanismo para subsanar los vicios que afectan a un acto administrativo, no para modificarlo, revocarlo o anularlo, y aunque, generalmente se aplica para subsanar las que doctrinariamente se han denominado nulidades relativas (no absolutas), las cuales dan origen a los llamados actos anulables (no nulos), es posible precisar independientemente de dicha distinción, su procedencia aún en casos regidos por legislaciones que no consagran dicha distinción, como sucede en el derecho colombiano.

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

Referencia: Radicación 5025. Actor: Inversiones Venecia S.A. "INVENSA S.A." Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria, procedo a precisar los motivos que originaron mi salvamento de voto a la providencia que antecede.

En ella se afirma que:

> "Aunque doctrinariamente y de manera general pudiera aceptarse la "convalidación" del acto administrativo, dicha figura no es de recibo en nuestro ordenamiento positivo por cuanto que en Colombia existe en forma marcada el principio de la inmutabilidad de los actos administrativos definitivos de carácter particular y concreto, conclusión que surge del análisis, por lo menos, de dos materias reguladas en nuestro Código Contencioso Administrativo que, no obstante pertenece la una al campo de los procedimientos administrativos y la otra a la parte contenciosa, guardan estrecha vinculación, a saber: la revocatoria directa de los actos administrativos tratada en los artículos 69 y siguientes, en concordancia con el artículo 62 y, por otra parte, las causales de nulidad de los actos, consagrada en el artículo 84."

Y se desarrollan los dos argumentos para precisar que:

1. La revocatoria directa y los recursos gubernativos para modificar o revocar los actos administrativos tienen un límite en el tiempo: los recursos en el término que establece la ley y la revocatoria directa hasta antes de ser admitida la demanda ante la jurisdicción.

2. Una vez en firme el acto y de no ser posible la revocatoria directa, solamente la jurisdicción de lo contencioso administrativo goza de competencia de orden constitucional para suspender sus efectos o para decretar su nulidad a través del ejercicio de las acciones judiciales correspondientes.

3. El juzgamiento de la controversia sobre si el acto incurrió en alguna de las causales de anulación corresponde exclusivamente a la jurisdicción y éstas pueden "...justificar la revocatoria directa, pero la circunstancia de que la administración, no pueda ejercer ésta sino hasta antes de la admisión de la demanda, significa que una vez interpuesta esta, sólo la jurisdicción puede anular o corregir el acto y por ello la ley revistió al juez administrativo de facultad para estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificarlas o reformarlas".

Las anteriores precisiones que correspondan a la interpretación de las normas positivas que regulan la modificación, la revocatoria y la nulidad de los actos administrativos en el derecho colombiano, a mi juicio, **no son aplicables al tema de la convalidación de dichos actos,** toda vez que esta figura, aceptada por la doctrina del Derecho Administrativo y también en algunos casos por la jurisprudencia, corresponde a un fenómeno diferente, ya que por el contrario a la modificación, revocatoria o nulidad del acto administrativo, la convalidación se da cuando se reconocen y sanean las fallas de una decisión administrativa, para que **produzca los efectos** buscados con su expedición pero no para modificarla o extinguirla.

Si bien es cierto que el saneamiento de los actos administrativos es un tema que no ha sido pacífico en la doctrina y que no está reglamentado específicamente en el derecho colombiano, también lo es que respecto de él, pueden precisarse los siguientes aspectos:

1. Se trata de un mecanismo para subsanar los vicios que afectan a un acto administrativo, no para modificarlo, revocarlo anularlo, y aunque, generalmente se aplica para subsanar las que doctrinariamente se han denominado nulidades relativas (no absolutas), las cuales dan origen a los llamados actos anulables (no nulos), es posible precisar independientemente de dicha distinción, su procedencia aún en casos regidos por legislaciones que no consagran dicha distinción, como sucede en el derecho colombiano.

2. Aunque, en principio los actos administrativos viciados en uno de sus elementos estructurales no son susceptibles de convalidación, es necesario, en cada caso concreto establecer cual es el vicio de que se trata para precisar si puede subsanarse o no. Así, por ejemplo si el acto administrativo fue expedido con desviación de poder, presenta un vicio en su elemento teleológico que es imposible de sanear, pero si se trata de un acto expedido por un funcionario que aunque pertenece a la entidad competente para expedirlo, dentro de ella no le estaba atribuida tal facultad de manera específica, si es posible que el funcionario competente lo sanee, pues se trata de una incompetencia interna o relativa.

3. Cuando de sanear un acto administrativo se trata, pueden darse diferentes posibilidades tales como la conversión, la ratificación, la confirmación, a través de las cuales se pueden obtener efectos similares, aunque no idénticos.

Así cuando se invoca **la conversión** se hace referencia a la figura que implica, que un acto administrativo carece de los requisitos propios de la categoría jurídica que le dio quien lo dictó, pero que reúne los de una categoría jurídica diferente, por ejemplo cuando se hace un nombramiento en propiedad sin los requisitos previos de selección está viciado, pero puede convertirse en un nombramiento èn iterinidad, caso en el cual no presentaría la causal de anulación que tenía.

La ratificación opera de manera similar a la misma figura existente en el derecho privado, cuando la autoridad competente acepta y reconoce como propio un acto dictado por otra autoridad incompetente. En esta figura se mantiene y "ratifican" los efectos ya existentes y se legitiman para el futuro, ésto lo diferencia de **la aprobación** en la cual sólo existe previamente un proyecto de acto que produce efectos una vez aprobado.

4. Es claro que la convalidación de los actos administrativos, bien puede darse, al tramitarse los recursos administrativos o de oficio, por iniciativa de la propia Administración, con el cumplimiento, siempre, de los requisitos necesarios para la validez y eficacia de los actos administrativos.

Por ello, si bien es cierto que el acto de convalidación sanea el vicio del convalidado y se retrotrae en sus efectos, esto no significa que el acto convalidante no deba cumplir con los requisitos exigidos para que todos los actos administrativos produzcan sus efectos.

5. En el derecho colombiano no se hace distinción en relación con las causales de nulidad de los actos administrativos, las cuales se encuentran expresamente enumeradas en el articulo 84 del Código Contencioso Administrativo y todas pueden invocarse para solicitar la declaratoria de nulidad de los mismos, pero dicha situación, no implica que no puedan sanearse los actos administrativos, dentro de los criterios ya expuestos.

6. En efecto, los artículos 209 y 211 de la Constitución Nacional, consagran las figuras de la delegación administrativa de funciones, como instrumentos para hacer efectivos, entre otros, los principios de celeridad, eficacia y economía en la administración del Estado y establecen la facultad del delegante **de reformar siempre los actos expedidos en ejercicio de la delegación conferida.**

Lo anterior indica que si el superior jerárquico que ha delegado una función puede reformar los actos expedidos con fundamento en dicha delegación, es claro que también podrá sanear aquellos que hubieren sido expedidos con vicios de nulidad saneables, y dentro de los parámetros a que se ha hecho referencia.

7. En el caso concreto, el acto demandado fue proferido por un funcionario incompetente, en referencia a una facultad que le había sido delegada mediante una resolución del Ministro, lo cual permite afirmar que tratándose de una incompetencia interna, surgida de una reestructuración y originada en el descuido de la Administración al aplicar la nueva nomenclatura interna del Ministerio, bien podía el Ministro como funcionario competente y titular de la función delegada para la cual había perdido competencia el funcionario que expidió el acto en razón de la supresión del cargo, sanear o mejor ratificar dicho acto, haciendo suyo el acto viciado y proporcionándole así el elemento subjetivo que faltaba por la incompetencia de quien lo había expedido.

Pero, si bien todo lo anterior, permite afirmar que, en el caso de autos, bien hubiera podido darse el saneamiento o convalidación como lo denominó el Ministro, del acto demandado, al revisar las actuaciones específicas y el procedimiento que se siguió para tal efecto se llega a la conclusión contraria.

8. Es claro que la resolución No. 3753 del 9 de mayo de 1989, mediante la cual el Ministro trató de sanear la incompetencia de quien profirió el acto demandado, constituye, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, un acto de ratificación que busca dar efectividad a lo decidido por el funcionario incompetente y que en este caso se trataba de establecer el monto de una contribución de valorización a los diferentes predios que conformaban la zona de influencia, acto que por lo tanto tenía el carácter de particular. De acuerdo con lo anterior, el acto de ratificación ha debido notificarse, porque de lo contrario dicho acto no podía producir los efectos de ratificación buscados

por la Administración con su expedición. Si se trataba de un acto que buscaba hacer suyos los efectos del irregularmente expedido, éste como aquél han debido ser puestos en conocimiento de los particulares afectados para que pudiera producir efectos y como no lo fue, no puede afirmarse que fue eficaz, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, según el cual el acto que no se notifique en los términos que la ley establece no produce efectos legales, es decir, que en el caso de autos, no se convalidó el anterior.

Es que la notificación, tal como lo ha precisado la Corporación en reiterada Jurisprudencia, es la garantía para el particular de no ser sorprendido por la Administración, con decisiones que le son obligatorias y que mientras no se demuestre lo contrario, se presumen legales. Mediante la notificación se permite al administrado conocer las decisiones administrativas que lo afectan y cuestionarlas ante la propia administración, y si sus planteamientos no son acogidos, impugnarlas ante los jueces administrativos.

Pero es que está comprobado en el expediente, que la administración no se preocupó de la incompetencia del funcionario que expidió el acto demandado, sino cuando éste fue demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La imposibilidad de que hubiere operado el saneamiento, se confirma en cuanto, tan no produjo efectos la resolución que lo pretendía, que el particular ya había acudido a la justicia para que se pronunciara respecto de la decisión de la Administración y para él era desconocida la actuación de pretendida ratificación por parte de la Administración.

En síntesis, aunque puede afirmarse que en el Derecho Colombiano es posible el saneamiento de los actos administrativos cuando se trata de incompetencia interna del funcionario que los expidió, y que por lo tanto hubiera sido viable que se saneará el vicio de incompetencia en que se incurrió en el acto demandado, teniendo en cuenta que el acto de ratificación no produjo ningún efecto por su falta de notificación, en el caso resuelto por la Sala, no operó la convalidación del acto administrativo demandado.

Consuelo Sarria Olcos.

ACCION DE NULIDAD/SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia/ **AJUSTES POR INFLACION/DEROGATORIA DEL ACTO**

La derogatoria no produce los mismos efectos que la nulidad, por lo que la acción de nulidad no puede verse enervada y en consecuencia debe continuar el proceso ya iniciado. Por otra parte y como es cierto el informe de la recurrente en el sentido de que el Decreto 2591 de 1993 en su artículo no sustituyó en su integridad a la norma acusada, ésta desapareció del mundo jurídico después de presentada la demanda y antes de dictarse el auto que ordenó su suspensión, luego la orden de suspensión se dictó sobre una norma que ya no estaba produciendo efectos y por tanto era improcedente puesto que no se pueden suspender los efectos de una norma cuando ésta ya no los está produciendo. LEVANTESE LA SUSPENSION PROVISIONAL del parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticuatro (24) del mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5276. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Decreto Reglamentario Gobierno Nacional. Auto.

Decide la Sala el recurso de reposición presentado por la apoderada judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante el cual pide la revocatoria de la orden de suspensión provisional decretada en el Auto Admisorio del 21 de enero de 1994.

Previas consideraciones sobre el sentido de la potestad reglamentaria y a la interpretación global que debe darle a la ley, estima que la norma acusada está ajustada al sistema si se analiza en su integridad.

Para respaldar su posición, plantea la siguiente hipótesis:

> "Si de conformidad con el numeral 3o. del artículo 354 del Estatuto Tributario el monto de la deducción teórica del respectivo período no puede exceder el saldo crédito de la cuenta corrección monetaria y este saldo crédito surge de los ajustes realizados a los activos no monetarios, excluir los activos no monetarios que no dieran origen a ajuste, permitiría que el resultado del cálculo de la deducción teórica no supera el límite legal"-

Finalmente informa que la norma acusada fue sustituida en su integridad por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, situación que no sólo haría improcedente la norma acusada "sino también surgiría una situación de hecho que nervaría la acción de nulidal propuesta por el actor".

SE CONSIDERA:

La jurisprudencia actual de la Sala Plena indica que la derogatoria no produce los mismos efectos que la nulidad, por lo que la acción de nulidad no puede verse enervada como lo sostiene la señora apoderada de la entidad demandada y en consecuencia debe continuar el proceso ya iniciado (exp. S-157, enero 14/91, C.P.: Dr. Carlos Gustavo Arrieta P).

Por otra parte y como es cierto el informe de la recurrente en el sentido de que el Decreto 2591 de 1993 en su artículo 8o. sustituyó en su integridad a la norma acusada, ésta desapareció del mundo jurídico (como dice la recurrente) después de presentada la demanda (diciembre 6) y antes de dictarse el auto que ordenó su suspensión (enero 21).

En tales condiciones es evidente que la orden de suspensión del 21 de enero de 1994 se dictó sobre una norma que ya no estaba produciendo efectos y por tanto era improcedente puesto que no se pueden suspender los efectos de una norma cuando ésta ya no los está produciendo.

Por esta razón y ratificando con ello la jurisprudencia de esta Sección Cuarta se accederá a levantar la suspensión.

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

RESUELVE:

LEVANTASE la orden de suspensión provisional del parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto 2075 de 1992 contenida en el No. 2 del Auto del 21 de enero de 1994.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillemo Chahín Lizcano, Presidente (Salvó el voto); *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria* Olcos.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SUSTRACCION DE MATERIA/ACCION DE NULIDAD/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/(Salvamento de Voto)

No comparto las decisiones adoptadas en el auto que ordena levantar la suspensión provisional y que ordena continuar el proceso, por cuanto ello implica que se está actuando sobre una norma que ya no está vigente, lo cual contraría la tesis sobre sustracción de materia. El Consejo de Estado ha sostenido que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación.

Salvamento de Voto del *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5276. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. C/La Nación.

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Deseo manifestar que, no comparto las decisiones adoptadas en el auto que ordena levantar la suspensión provisional y que ordena continuar el proceso, por cuanto ello implica que se está acutando sobre una norma que ya no está vigente, lo cual contraría la tesis sobre sustracción de materia. Estimo que ha debido dársele a este aspecto el tratamiento que la Sala Plena del Consejo de Estado le ha dado con base en reiterada

jurisprudencia. Así, me basta transcribir a continuación una de las muchas providencias en las cuales se sostiene la no necesidad de emitir fallo de fondo con respecto a normas que han sido derogadas:

> "El Consejo de Estado ha sostenido (decisiones de 27 de junio y 12 de agosto de 1946, y 14 de febrero de 1947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación.
>
> "Esta jurisprudencia tiene una explicación sencilla: el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico abstractamente considerado y, de consiguiente, se desarrolla entre dos extremos: la regla violada y el acto violador. Los posibles intereses y derechos subjetivos que se interpongan entre esos dos factores no inciden en la definición de la *litis*. De allí que sí el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo, en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio ya que el orden ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional, en este evento, carecería de objeto" (Sentencia de 11 de julio de 1962, Consejero Ponente, doctor Carlos Gustavo Arrieta. Expediente No. 929, Anales del Consejo de Estado, pág. 232).

Guillermo Chahín Lizcano.

PAGO EN EXCESO-Devolución/**SENTENCIA DECLARATIVA**

La providencia por medio de la cual la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ordena la devolución de sumas con liquidación de intereses, no es un fallo de carácter condenatorio (como si lo es el proferido en un proceso de reparación directa, en donde de ordinario se lleva a cabo el trámite incidental respectivo), sino eminentemente declarativo como se infiere del contexto del artículo 863 del Estatuto Tributario que regula lo atinente a las devoluciones de sumas pagadas en exceso con la liquidación de intereses correspondientes. Por lo demás cuando en un determinado caso se ordena la devolución de lo pagado indebidamente más los intereses correspondientes, tal pronunciamiento no constituye un pronunciamiento *in genere* sino en concreto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5315. Actor: SICIM S.P.A. Sucursal de Colombia. Apelación auto de 7 de octubre de 1993. Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Incidente de cuantificación de intereses corrientes y moratorios). Auto.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, contra el auto de 7 de octubre de 1993 mediante el cual el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca negó la solicitud de liquidación de intereses propuesta a través de un incidente.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia calendada el 26 de octubre de 1992 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos acusados relativos a la determinación del impuesto de renta del año gravable de 1985, en cuyo proceso resultó a favor de la contribuyente la suma de $121.651.828. El Tribunal como restablecimiento del derecho ordenó la devolución de tal partida originada en exceso de retenciones en la fuente efectuadas durante la vigencia fiscal de 1985, "más los intereses a que haya lugar", pues la demandante en el libelo había pedido la devolución suma pagada en exceso más los intereses corrientes y moratorios conforme a lo preceptuado por el artículo 31 del Decreto 2821 de 1974 (hoy artículo 863 del Estatuto Tributario).

El apoderado de la parte demandada apeló el fallo de primera instancia e impugnó tanto la devolución en sí, como el reconocimiento de los intereses ordenados en la sentencia como se puede apreciar en el respectivo memorial sustentatorio del recurso (fls. 171/197).

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 2 de abril de 1993, luego de estudiar los aspectos planteados en la apelación confirmó en todas sus partes la sentencia del 26 de octubre de 1992 proferida por *el a-quo*.

No obstante lo anterior, la sociedad actora solicitó que mediante sentencia complementeria se liquidaran de una manera concreta los intereses corrientes y moratorios a que tienen derecho. Esta Sección del Consejo de Estado por medio del auto de fecha 17 de mayo de 1993 negó la adición propuesta aduciendo que la sociedad al enterarse de la decisión del Tribunal que ordenó la devolución de "los intereses a que hubiere lugar", tácitamente asintió con los allí dispuesto, pues al conocer lo resuelto en relación con el reconocimiento de los intereses, que según su afirmación no correspondía a lo que al respecto se solicitó en la demanda, no apeló del reconocimiento genérico de los intereses.

Por lo demás, este auto destaca que la actora gozó de amplia oportunidad procesal para pretender el pronunciamiento que ahora busca equívocamente a través de una sentencia complementaria, pues bien pudo haber hecho manifiesta su inconformidad con respecto a los intereses interponiendo recurso de apelación, o posteriormente en apelación adhesiva. En resumen, que es evidente que la sociedad dejó precluir los términos que en la segunda instancia señala la ley para lograr la modificación de las decisiones del *a-quo*, sin que sea ahora a través de la adición a la sentencia, el momento procesal oportuno para tal fin. Este proveído aparece notificado a las partes por estado del día 21 de mayo de 1993 (fl.274).

INCIDENTE DE REGULACION DE INTERESES

Mediante escrito de fecha 24 de agosto de 1993 el apoderado de SICIM S.P.A. SUCURSAL DE COLOMBIA pidió al Tribunal que con fundamento en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil se liquiden y determinan el forma concreta los intereses corrientes y moratorios originados en el pago en exceso efectuado por la sociedad por concepto de retención en la fuente del año 1985 (fls. 1/7 cuaderno incidente).

El Tribunal por medio del auto de 7 de octubre de 1993, que es objeto de impugnación por parte de la Administración Tributaria, negó la solicitud de liquidación de intereses propuesta a través de un incidente de regulación, sustentado su negativa en el hecho de que en este caso los intereses no tienen el carácter indemnizatorio porque la sentencia sobre la cual se solicita la liquidación en modo alguno es condenatoria sino sancionatoria al tenor del artículo 863 del Estatuto Tributario. Además, el auto precisa que no cabe duda de que la providencia sobre la cual se solicita la liquidación de intereses no es de las contempladas en el artículo 172 del Código Contensioso Administrativo, significando con ello que la orden de devolución de los "intereses a que hubiere lugar" no constituye una decisión *in genere* sino en concreto, no siendo por lo tanto, de materia incidental.

En este auto el Tribunal precisa que las tasas de intereses se encuentran determinadas en la ley y a ellas se deberá ajustar el pago que se ha determinado en la sentencia de primera instancia, siendo competente para su liquidación la entidad administrativa a quien corresponde su cancelación, con base en la suma que se ordenó devolver y en las disposiciones relativas al interés.

Cabe destacar la aclaración de voto formulada por el Magistrado Manuel Bernal Arévalo en el sentido de que la petición sobre devolución de intereses moratorios y corrientes presentada por la sociedad actora resulta improcedente, porque el fallo del Tribunal fue confirmado en un todo por el Consejo de Estado y en tal virtud se hace inmodificable, pues debió impugnarse a través de los recursos legales. Estima que el incidente debe negarse por la razón anterior y porque el Tribunal en la sentencia definió el punto de inconformidad en forma concreta (fls. 73/78 cuaderno incidente).

RECURSO DE APELACION

En prolijo escrito el apoderado de la Dirección de Impuestos Nacionales se refiere a lo sostenido por el Tribunal en el auto apelado, puntualizando que éste no se pronunció acerca de la inhibición y preclusión del incidente de regulación de intereses propuesto por la sociedad actora, y menos aún acerca del rechazo de cuantificación de los intereses corrientes y moratorios.

Así mismo, el apelante precisa que al ordenar la sentencia del Tribunal la devolución de la suma de $121.651.828, "más los intereses a que haya lugar" está aceptando que la Administración deberá devolver intereses, condicionando al hecho de que "haya lugar a ello", con lo cual admite la eventualidad de que esos intereses no se hayan causado.

Respecto al auto dictado por el Consejo de Estado referente a la sentencia complementaria, señala que en su concepto no desconoce la fórmula incidental para concretar los intereses; pues lo que hace es desconocer el procedimiento utilizado por la sociedad cuando planteó el incidente. De lo anterior concluye que la sociedad perdió todo derecho concedido por la ley para la cuantificación y devolución de esos intereses que puedan causarse a su favor en la forma concebida por su apoderado. Primero, porque la vía utilizada ante el Consejo de Estado fue equivocada; y segundo, porque lo que ahora pretende hacer valer, es improcedente dado que precluyó la figura incidental para lograrlo.

En resumen, precisa que "si la sociedad dejó perder su derecho respecto a la opción escogida, es decir, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que le concretara el derecho a unos intereses, mal puede ejercer nuevamente el mismo derecho ante las oficinas de impuestos. La opción entre dos probabilidades válidas (acudir directamente a las oficinas de impuestos a reclamar los intereses, o someterlos a la decisión jurisdiccional), le impide jurídicamente que una vez desfavorecido con la que prefirió, puede valerse de la opción que descartó. Esto explica que no es acertado el Tribunal, cuando en la providencia que ahora apelo, expresa el derecho de SICIM S.P.A. SUCURSAL DE COLOMBIA a dirigirse a la Administración Tributaria a exigir unos intereses que por causas imputables a ella, no logró le fueran concretados por las autoridades Contencioso Administrativa" (fl. 82 cuaderno incidente).

Por último, conviene relievar lo expuesto por el apelante en el sentido de que "el reconocimiento hecho por el Tribunal desfavorece a la entidad que representó, como quiera que en el caso improbable de pagar los intereses moratorios en la forma pretendida por la sociedad, éstos no irían, como lo manda el inciso primero del artículo 31 del Decreto 2821 de 1974: "...hasta la ejecutoria de la providencia que ordene devolver el saldo crédito al contribuyente"; sino hasta la fecha en que la Administración Tributaria gire el cheque, emita el título o haga la respectiva consignación, como lo consagra el artículo 863 citado, en su inciso tercero. Dice este inciso: "Se causan intereses moratorios, a partir del vencimiento del término para devolver y hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación" (fl.83 cuaderno incidente).

TRASLADO A LAS PARTES

En esta oportunidad procesal el apoderado de SICIM S.P.A. SUCURSAL DE COLOMBIA se opone a las pretensiones del apelante puntualizando lo siguiente:

1o.) Que en virtud de la sentencia proferida por el Tribunal, confirmada por el Consejo de Estado, se ordenó la devolución de la suma de $121.651.828, más el valor de los correspondientes intereses.

2o.) Que la Administración de Impuestos Nacionales se ha negado a ordenar la devolución tanto del capital como de los intereses. Que tal negativa se fundamenta en la expedición de actos administrativos (resoluciones) y conceptos emitidos por la DIN

en los cuales se expresa que a la Administración Tributaria no le corresponde la cuantificación de los intereses porque esta función le corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; pues con este argumento se viene negando el cumplimiento de las sentencias de los Tribunales en lo atinente a intereses.

3o.) Que en este caso particular la Administración de Impuestos a través de la actuación surtida ante el Tribunal y el Consejo de Estado pretende que el trámite de los intereses se debe surtir mediante un incidente de regulación ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo preceptuado por los artículos 172 del Código Contencioso Administrativo y 308 del Código de Procedimiento Civil. Que por este único motivo, Sicim propuso el incidente de liquidación, pues comparte plenamente la decisión del Tribunal en el sentido de que la providencia que ordenó la devolución de la partida discutida con los intereses a que haya lugar es clara; agregando que, encontrándose ejecutoriada por la confirmación dada por el Consejo de Estado, la sentencia del Tribunal no admite modificación alguna y debe ser cumplida por la Administración de Impuestos.

Por lo demás relieva que no está de acuerdo con la peregrina tesis del apelante de que la sentencia del Tribunal no hace reconocimiento de intereses al utilizar las expresiones "los intereses correspondientes", "los intereses a que haya lugar", pues según este criterio queda al arbitrio de la Administración reconocerlos o no.

Por último, la parte opositora expresa que "de acuerdo con las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que como se ha señalado, no admiten modificación, la cuantificación de estos intereses corresponde a la Administración de Impuestos. No puede en esta oportunidad, por la vía de un incidente, entrarse a controvertir la decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada, como lo pretende el apelante" (fl. 104 cuaderno incidente).

En consecuencia, solicita se nieguen las peticiones del apelante por ser improcedentes (fls. 101/105 cuaderno incidente).

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA

En esta oportunidad, una vez más la Sala reitera su criterio de que en materia tributaria, la providencia por medio de la cual la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ordena la devolución de sumas con liquidación de intereses, no es un fallo de carácter condenatorio (como si lo es el proferido en un proceso de reparación directa, en donde de ordinario se lleva a cabo el trámite incidental respectivo), sino eminéntemente declarativo como se infiere del contexto del artículo 863 del Estatuto Tributario que regula lo atinente a las devoluciones de sumas pagadas en exceso con la liquidación de intereses correspondientes.

Lo anterior significa entonces que esta clase de providencia no es de las contempladas en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, debido a que

la decisión del juez no es en este caso de condena sino meramente declarativa, como se precisó antes. Por lo demás cuando en un determinado caso se ordena la devolución de lo pagado indebídamente más los intereses correspondientes, tal pronunciamiento no constituye un pronunciamiento *in genere* sino en concreto.

Ahora bien, respecto al asunto sometido a consideración de la Sala, ésta se encuentra de acuerdo con la negativa del incidente de liquidación, que hizo el Tribunal, en primer lugar, porque legalmente no era procedente proponerlo dado el carácter declarativo del fallo.

En segundo lugar, porque no son válidos los argumentos esgrimidos por el apelante del auto que negó el incidente de liquidación de intereses, de que tal regulación la debe hacer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues como bien lo expresó el *a-quo* "las tasas de intereses se encuentran determinadas en la ley y a ellas se ajustará el pago que se ha determinado, siendo competente para su liquidación la entidad administrativa a quien corresponde su cancelación, con fundamento en la suma que se ha ordenado devolver y en las disposiciones relativas al interés" (fl. 76 cuaderno incidente).

Y en tercero y último lugar, porque tampoco son de recibo los argumentos de la parte opositora, quien pretende con motivo del incidente se liquiden los intereses corrientes y moratorios conforme a las previsiones del Decreto 372 de febrero 25 de 1993, en razón de que esta adición se formuló en solicitud de sentencia complementaria, denegada por auto de 17 de mayo de 1993 (fls. 270/274) en donde esta Sala precisó lo siguiente:

> "Quien hoy pretende la adición, al enterarse de la anterior decisión (fallo del Tribunal), tácitamente asintió con lo allí dispuesto, pues al conocer lo resuelto en relación con el reconocimiento de los intereses, que según su afirmación no correspondía a lo que al respecto se solicitó en la demanda, no apeló del reconocimiento genérico de los intereses (fl. 272).

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Confírmase el auto de 7 de octubre de 1993 proferido en el Juicio No. 7599 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la liquidación de intereses en el incidente propuesto.

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

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

ACTIVIDAD INDUSTRIAL/BASE GRAVABLE/SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Sibaté

Cuando en el artículo 20 parágrafo 1o. del Acuerdo 1o. de 1984 el Concejo Municipal de Sibaté determinó una base gravable para el sector industrial diferente a la establecida en la ley aplicable, incluyendo en ella los ingresos de otros municipios desconoció el art. 187 ordinal 2o. de la Constitución Nacional entonces vigente al no ejercer su atribución impositiva en la forma indicada en la Constitución y la Ley. Adicionalmente, al aplicarse el principio de la cosa juzgada implícita, juzgada la ilegalidad de artículo 1o. inciso 2o. del Decreto 3070 de 1983 al acto administrativo acusado que proveyó en forma similar a la norma declarada nula y por ente retirada del ordenamiento jurídico debe soportar el mismo efecto del fallo de nulidad que recayó sobre la norma que le sirvió de fundamento.

DECAIMIENTO DEL ACTO

Aún cuando la norma transgredida no esté supuestamente vigente, la jurisdicción debe pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo que la vulnera no sólo porque tal pronunciamiento tiene consecuencias en los casos concretos regidos por la Ley 14 de 1983 art. 33 que se encuentra *sub-júdice* y en los cuales debía tenerse en cuenta el citado pronunciamiento, toda vez que el acto administrativo de carácter general reguló situaciones ocurridas desde la fecha de su expedición, que aún no se hayan consolidado, para las cuales el fallo que determine la legalidad o ilegalidad del acto acusado es trascendental, sino para reiterar el impuesto del orden jurídico que interesa al orden público.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4638. Actor: Lucy Cruz de Quiñones. Apelación de la sentencia del 18 de noviembre de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Acción de nulidad contra el artículo 20 parágrafo 1o. del Acuerdo 1o. de 1984 del Concejo Municipal de Sibaté. AUTORIDADES MUNICIPALES. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Agente del Ministerio Público en la primera instancia contra la sentencia del 18 de noviembre de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio de nulidad, intentado por la ciudadana LUCY CRUZ DE QUIÑONES contra el artículo 20, parágrafo 1°, del Acuerdo 1° del 11 de septiembre de 1984, expedido por el Concejo Municipal de Sibaté.

ANTECEDENTES

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las conferidas por las Leyes 4a. y 97 de 1913, 64 de 1915 y 14 de 1983 el Concejo Municipal de Sibaté expidió el Acuerdo 1° de 1984 reglamentario del impuesto de industria y comercio y de avisos y tableros en esa localidad.

En el artículo 20 parágrafo 1° del mencionado Acuerdo, el Concejo prohibe a los contribuyentes del impuesto de industria y comercio descontar de la base gravable, de sus ingresos brutos los ingresos percibidos en otros municipios por el desarrollo de su actividad industrial.

LA DEMANDA

Acusa el Acuerdo 1° en su artículo 20 parágrafo 1° de incurrir en violación de las normas superiores contenidas en los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983, y 5° y 197 ordinal 2° de la Constitución Nacional.

Básicamente expone que el Concejo de Sibaté carecía de competencia para comprometer rentas atribuídas por la otra jurisdicción territorial, es decir, los impuestos derivados de los ingresos obtenidos por cada actividad realizada en otros municipios, ya que en materia del impuesto de industria y comercio, el legislador mediante la Ley 14 de 1983, ley marco del impuesto municipal de industria y comercio, consagró los elementos del impuesto referentes a los sujetos pasivo y activo, la materia imponible, el hecho generador del impuesto y la base gravable que se causa en cada municipio. Sin que ningún contribuyente, aunque ejerza varias actividades en distintos municipios, o en diversas localidades esté obligado a tributar sobre más del 100% de sus ingresos brutos debidamente demostrados, porque el sujeto pasivo son las personas físicas o

naturales y no los establecimientos o las actividades; pues no establece la ley privilegio o prerrogativa alguna a favor de los comerciantes ni tratamiento discriminatorio u odioso para los industriales, sino que establece la misma base gravable para todas las actividades, que si bien las diferencia, tal distinción tiene efectos solamente en términos tarifarios, como se ve claramente en el artículo 33 de la ley.

El artículo 32 de la ley, lógicamente indica que la actividad industrial tributará en el municipio de la sede fabril, tomando como base solamente los ingresos obtenidos en esa jurisdicción, por la comercialización de los productos allí vendidos, con la tarifa industrial establecida por el municipio. Y en los demás municipios en donde vende la producción, se convierte en sujeto pasivo por la actividad comercial, tomando como base gravable el ingreso obtenido en cada jurisdicción territorial.

Invoca sobre el tema la sentencia del 25 de septiembre de 1989 sin anotar número de expediente ni Corporación, y concluye que la norma municipal acusada, al no permitir que se "desglose" lo percibido en cada municipio, incrementa de manera ilegal la base gravable, violando los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de1983.

Consecuencialmente, se atribuye el Concejo Municipal un poder normativo que excede los límites establecidos por el artículo 197 ordinal 2° de la Constitución Nacional, incurriendo en violación de la norma ya que la atribución consagrada en el artículo 143 de la Constitución Nacional es una facultad derivada para los Concejos Municipales, porque el esquema kelseniano vigente en Colombia, coloca a la Constitución Nacional en la cúspide, las leyes en segunda escala, posteriormente los decretos nacionales, las ordenanzas departamentales y finalmente los Acuerdos municipales.

Estima que se violan los artículos 5° y 197 de la Constitución Nacional, porque el Concejo de Sibaté dictó disposiciones para territorios dentro de los cuales carece de competencia, pues de conformidad con el citado artículo todos los municipios tienen el mismo rango constitucional, y ello implica que los funcionarios y corporaciones administrativas sólo pueden dictar actos administrativos que regulen hechos acaecidos dentro de su jurisdicción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda al considerar que el acto acusado violó el artículo 197 ordinal 2° de la Constitución Nacional al contrariar el marco general fijado por la Ley 14 de 1983 y modificar la circunscripción territorial sobre la cual recae el impuesto de industria y comercio, porque en materia de este impuesto para los industriales que perciben sus ingresos en diversos municipios, al no permitírseles el municipio de Sibaté, el derecho a no gravar o a descontar el valor de los ingresos por actividades de mercadeo de sus productos realizados fuera de esa localidad, se aparta abiertamente de la ley como si su competencia normativa fuese completamente autónoma.

Se abstuvo de considerar los cargos de violación restantes y no admitió los argumentos dados por el Agente del Ministerio Público reclamando "la purga de legalidad de la disposición acusada" al haberse expedido, estando en curso el proceso, la Ley 49 de 1990 cuyo artículo 77 reglamentó lo concerniente al impuesto en materia de actividad industrial, porque dicha ley fue posterior al Acuerdo acusado y porque además el fallo de la Corte Suprema de Justicia de 16 de octubre de 1991 había declarado "inexequible" la norma.

LA APELACION

El Agente del Ministerio Público apela la sentencia reiterando los argumentos expuestos ante el Tribunal Administrativo que le sirvieron de base para pedir la denegación de las súplicas de la demanda: Purga de ilegalidad; la exequibilidad del artículo 77 de la Ley 49 de 1990 y la cosa juzgada implícita, alegada.

A su juicio estima que el acto administrativo que nació ilegal se depura o purifica cuando la norma que se señala como quebrantada ha desaparecido del mundo jurídico, bien antes de proferirse el fallo por el juez administrativo, por derogatoria, subrogación o inexequibilidad o nulidad o porque dicho acto recibió sustento legal en fecha posterior a su expedición.

Ya que en el caso de autos el Congreso de la República expidió la Ley 49 de 1990 cuyo artículo 77 modificó parcialmente el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, variando la determinación de la base gravable de la actividad industrial.

Seguidamente alega la exequibilidad del artículo 77 de la Ley 49 de 1990 y el carácter de cosa juzgada implícita de la causa alegada, señala que el análisis que de la norma citada hizo el juez constitucional enseña que el artículo 77, a la vez que introdujo una nueva base gravable restrictiva de ingresos para el sector industrial, cambió la determinación de la misma integrándola por el total de la venta de producción, así sea en otro municipio distinto, y que el Acuerdo 1° de 1984 no hizo cosa diferente de señalar el hecho generador del impuesto de industria y comercio, el sujeto pasivo, el concepto de la actividad industrial (artículo 7°) y la base gravable, determinando para este caso que los contribuyentes no podían descontar de la base gravable de sus ingresos brutos, ingresos percibidos en otros municipios por el desarrollo de la actividad industrial.

Alega estar entonces, frente a la institución procesal denominada "cosa juzgada implícita" en razón de que el constituyente en el artículo 214 de la Constitución Nacional vigente cuando se formuló la demanda, entregó a la Corte Suprema de Justicia, la potestad de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de las leyes, ora por vicios de procedimiento o por su contenido material, y que las decisiones así adoptadas son de carácter general -*erga omnes*- y de obligatorio cumplimiento para los funcionarios y para los particulares de forma inmediata, porque un fallo de inexequibilidad como cualquier otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada, no solamente en lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella.

Cita en apoyo el fallo de la Sección Primera del 1° de septiembre de 1981, expediente 3322, Ponente doctor Jacobo Pérez Escobar y reclama la purga de ilegalidad ya que la Corte Suprema de Justicia al darle inteligencia a la norma acusada, artículo 77 de la Ley 49 de 1990 y hallarla ajustada a la Constitución, consideró que el fabricante respecto del proceso económico de la producción, actúa como tal desplegando actividad industrial, porque como su objetivo es colocar su producción, puede hacerlo directamente, siempre y cuando no lo haga como comerciante o sirviéndose de intermediarios para tal fin. Y en estas dos circunstancias sea que la venta se realice en el municipio de la sede fabril o en otro municipio, el industrial corona su proceso económico como tal y entonces habrá de tributar en el primero de los dos entes territoriales, sobre el ingreso bruto obtenido en ambos, siéndole vedado al segundo municipio ejercer la potestad tributaria sobre la actividad industrial.

Interpretación que en nada pugna con la que se le puede dar al precepto demandado, por cuanto en ella se prevé de manera similar que no podrían descontarse de las bases gravables de sus ingresos brutos, ingresos percibidos en otros municipios por el desarrollo de la actividad industrial.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La actora

Al alegar de conclusión luego de insistir en la violación manifiesta de la Ley 14 de 1983 por parte de la norma acusada ya que desconoce el carácter unitario del impuesto de industria y comercio, la relación entre el sujeto pasivo y el hecho gravado, la relación entre sujeto pasivo y base gravable, y el límite territorial de competencia del sujeto activo, afirma que como bien lo precisó el Tribunal, el Concejo de Sibaté violó los artículos 197 ordinal 2° y 5° de la Constitución Nacional al arrogarse una competencia normativa autónoma y al regular hechos generadores de impuestos en otros municipios, sometiéndolos a tributación en Sibaté, al no permitirles descontar el valor de los ingresos provenientes de sus actividades de mercadeo en ellos.

Se opone a la pretension del reclamante sobre la supuesta purga de ilegalidad que podía haber operado en el presente caso sobre el Acuerdo No. 1° de 1984 del Concejo Municipal de Sibaté, al haberse expedido la Ley 49 de 1990, porque si bien era cierto que la sentencia invocada por el apelante, estimó que no era dable considerar viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica en el momento de proferirse el fallo por el juez administrativo, por derogatoria, subrogación o por haber sido declarada inexequible o nula, o por haber recibido sustento legal con posterioridad a su expedición, reciente jurisprudencia del mismo Consejo de Estado se aparta expresamente de tal tema.

Cita la sentencia proferida por la Sala el 26 de mayo de 1990, radicación 2422, ponente doctora Consuelo Sarria Olcos, cuyos apartes transcribe, para concluir que no

procede la purga de ilegalidad en el caso que nos ocupa, cuando adicionalmente la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia recoge las tesis expuestas sobre la imposibilidad de la doble tributación contenida en la sentencia del 25 de septiembre de 1989 por la cual se anuló el inciso 2° del Decreto Reglamentario 3070 de 1983.

Entonces no puede considerarse que la norma acusada haya recibido sustento legal posterior a su expedición por la Ley 49 de 1990, como claramente dice el fallo a páginas 32 a 39 al diferenciar las ventas que el industrial realiza como tal de las que efectúa como comerciante, para deducir que se dan las ventas como industrial en otros municipios cuando el fabricante no tiene en él infraestructura comercial, evento en el cual debe tributar en el municipio fabril sobre el total de los ingresos brutos nacionales, sin que pueda el municipio de destino de la producción ejercer potestad tributaria sobre la actividad industrial, pero en el segundo caso, cuando el propio fabricante con sus propios recursos y medios económicos asume el ejercicio de la actividad comercial y por ello ha de responder por el impuesto de industria y comercio, bajo esta óptica de comerciante, deben aplicarse las normas del Decreto 1333 de 1986 y en tal evento debe satisfacer el tributo en el mismo municipio en donde se realicen las ventas sobre el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos en el año inmediatamente anterior y a la tarifa propia de la actividad comercial.

A su juicio, la sentencia encuentra compatible o armónica la solución legal de aplicarle el artículo 77 a las ventas de fábrica al por mayor o al detal para las cuales no se utiliza establecimiento de comercio, con aplicación separada pero no en adición de los artículos 195 y 196 del Decreto 1333 de 1986, para las ventas descentralizadas hechas en agencias o sucursales, para las cuales se tomaron esas ventas como base de la actividad, por ello más adelante aclara que esta solución no produce el fenómeno de la doble tributación.

Concluye que no puede considerarse que el parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 1° de 1984 haya recibido sustento legal, ya que establece la doble tributación para el caso de los industriales, que de acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia no se permite, y entonces no opera la purga de ilegalidad ni la cosa juzgada implícita.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante la Jurisdicción, estima que la sentencia apelada merece ser revocada y en su lugar denegar las súplicas de la demanda acogiendo los planteamientos del Agente del Ministerio Público en la primera instancia; porque: en primer lugar es inexplicable que el Tribunal, sin verificar la afirmación que hacía el Procurador Tercero en lo judicial, en el sentido de que el artículo 77 de la Ley 49 de 1990 había sido declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia por medio del fallo del 17 de octubre de 1991, hubiera expresado lo contrario.

En segundo término, si bien es cierto que el parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1984, inicialmente contrariaba lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, también es cierto que tal situación desapareció con la expedición del artículo 77 de la Ley 49 de 1990, que vino a modificar el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, ordenando que el gravamen sobre la propiedad industrial se pague en el municipio en donde se encuentra la fábrica, aunque la comercialización de los productos se haya realizado en otras jurisdicciones municipales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar precisa la Sala que el Acuerdo 1° de 1984 fue expedido en vigencia de la Constitución Política de 1886 y para desarrollar la facultad otorgada por el artículo 33 parágrafo 1° de la Ley 14 de 1983, en materia relacionada con el impuesto de industria y comercio, que fue reglamentada entonces por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 3070 de 1983.

En segundo lugar reitera la Sala, que aún cuando la norma transgredida no esté supuestamente vigente, la jurisdicción debe pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo que la vulnera no sólo porque tal pronunciamiento tiene consecuencias en los casos concretos regidos por dicha norma que se encuentra *sub-júdice* y en los cuales debía tenerse en cuenta el citado pronunciamiento como claramente se anotó en la sentencia invocada por la actora, toda vez que el acto administrativo de carácter general reguló situaciones ocurridas desde la fecha de su expedición, que aún no se hayan consolidado, para las cuales el fallo que determine la legalidad o ilegalidad del acto acusado es trascendental, sino para reiterar el imperio del orden jurídico que interesa al orden público.

En tercer lugar, es regla general de derecho la de la irretroactividad de la ley, que enseña que en principio la ley rige hacia el futuro, sólo en materia penal y por expresa disposición constitucional (artículo 29 de la Constitución Nacional) se permite la aplicación de ley posterior permisiva o favorable por lo que no puede admitirse que en materia tributaria una ley puede aplicarse retroactivamente con el único fin de purgar actos administrativos que por violar precisamente los preceptos constitucionales o legales en que debieron fundarse resultan no sólo violatorios del mismo orden que deben preservar, sino que pueden causar agravios a los administrados.

Tampoco puede presumirse que por el hecho de que una nueva ley regule o modifique la materia que otra ley trataba, la norma anterior no haya tenido vigencia o que puedan desconocerse las situaciones jurídicas concretadas mientras tuvo respaldo en las disposiciones constitucionales vigentes, porque mientras ella rigió; bajo su imperio se produjeron hechos económicos generadores de tributos y los administrados tenían derecho a la tasación de sus impuestos dentro de los lineamientos establecidos en la ley, especialmente en cuanto a la configuración de la base gravable se refiere, para efectos de la determinación de la carga impositiva por cada período gravable, en el *sub-lite;* los acaecidos desde el año de 1984, fecha de expedición de la Ley 49 de 1990 artículo 77.

En este orden de ideas, es innegable que la norma acusada objeto de cuestionamiento en este proceso por violar el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 durante su vigencia estuvo llamada a producir efectos jurídicos, y no resulta válido pretender dar al fallo de exequibilidad que recae sobre una norma legal una consecuencia que no tiene porque, si bien es cierto que el fallo produce efecto "*erga omnes*" y fuerza de cosa juzgada, que es obligatorio para funcionarios y particulares, y que para los actos administrativos de contenido general que se hubieran expedido con fundamento en la norma juzgada es predicable el principio de la cosa juzgada implícita, en manera alguna tal consecuencia es aplicable a aquellos que tuvieron como fundamento una disposición distinta, menos aún cuando aquella regulaba de manera diferente la materia. Tan diferente que obligó precisamente a expedir una nueva ley para cambiar o modificar un elemento de la obligación tributaria como lo es la base gravable en el impuesto de industria y comercio para el sector industrial.

Base gravable, que según lo precisado en la sentencia del 25 de septiembre de 1989, expediente 0082, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, que juzgó la legalidad del artículo 1° inciso 2° del Decreto 3070 de 1983 está constituída según los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983 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 de comercio e independientemente del factor de "ánimo de lucro" que concientemente fue suspendido.

Precisó también la sentencia al analizar el mencionado artículo 1° del Decreto Reglamentario 3070 de 1983 que:

> "Según este primer inciso del artículo 1° el contribuyente que realice actividad industrial (entendida como tal la venta de su producción) en más de un municipio, debe pagar el gravamen en aquél en donde se encuentre la planta industrial y la base se debe calcular sobre todos los ingresos provenientes de la comercialización de la producción, pero excluídos los obtenidos en otros municipios en las condiciones señaladas en el inciso primero..."
>
> "En cuanto el 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 encuentra 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 "industrial" que consiste en producir, extraer, fabricar, ensamblar, etc., según la definición del art. 34 ibídem, 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 COMERCIALIZACION DE LA PRODUCCION, modifica lo expuesto en el

inciso anterior sin justificación ni razón aparente porque ya había expresado que el sistema operaba por igual para los contribuyentes que realicen 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 o de servicio, 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, aun 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".

En consecuencia, cuando en el artículo 20, parágrafo 1°, del Acuerdo 1° del 11 de septiembre de 1984, el Concejo Municipal de Sibaté determinó una base gravable para el sector industrial diferente a la establecida en la ley aplicable, incluyendo en ella los ingresos de otros municipios desconoció el artículo 197 ordinal 2° de la Constitución Nacional entonces vigente al no ejercer su atribución impositiva en la forma indicada en la Constitución y la Ley.

Adicionalmente, al aplicarse el principio de la cosa juzgada implícita reclamado por el apelante, juzgada la ilegalidad del artículo 1° inciso 2° del Decreto 3070 de 1983 el acto administrativo acusado que proveyó en forma similar a la norma declarada nula y por ende retirada del ordenamiento jurídico debe soportar el mismo efecto del fallo de nulidad que recayó sobre la norma que le sirvió de fundamento.

En consecuencia la sentencia de primera instancia que declaró su nulidad debe confirmarse pero por las razones aquí expuestas.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia proferida el 18 de noviembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, en el juicio 7621.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

AJUSTES POR INFLACION/IMPUESTO SOBRE LA RENTA-Determinación/**SUSPENSION PROVISIONAL**

No es evidente la tansgresión de normas superiores, toda vez, que sería necesario efectuar un estudio de fondo, no propio del trámite de la medida cautelar de la suspensión provisional, para determinar si el Decreto 2591 del 23 de diciembre de 1993, reglamentario parcialmente del Estatuto Tributario, excedió los límites previstos en la ley que dice reglamentar, o si el mencionado Decreto modificó el tratamiento tributario previsto para la determinación del impuesto a la renta para los contribuyentes sometidos al sistema de ajustes integrales por inflación para el año de 1993. Por lo tanto se estima que los artículos acusados no violan *prima facie* la Constitución Nacional, pues aquella no se observa de la simple y sencilla comparación como lo exige el artículo 152 del C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5328. Actor: Héctor Raúl Corchuelo Navarrete. Autoridades Nacionales. AUTO.

El ciudadano HECTOR RAUL CORCHUELO NAVARRETE, obrando en nombre propio y en ejercico de la acción pública del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad del último inciso del numeral 3o. del artículo 2o., del artículo 3o. y del inciso 2o. del numeral 7o. del artículo 4o., todos del Decreto 2591 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional, "en cuanto como consecuencia de haber sido

publicado éste en el Diario Oficial No. 41.151 de 23 de diciembre de 1993, páginas 4 y 5 y lo ordenado por su artículo 10, las mencionadas disposiciones deben aplicarse para la determinación del impuesto sobre la renta por el año de 1993 de los contribuyentes sometidos al sistema de ajustes integrales por inflación".

ANTECEDENTES

La solicitud de nulidad formulada por el demandante se refiere al último inciso del numeral 3o. del artículo 2o., del artículo 3o. y del inciso 2o. del numeral 7o. del artículo 4o., del Decreto 2591 de 1993, por medio del cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario, porque según él, al entrar en vigencia el mencionado Decreto el 23 de diciembre de 1993, se produjo un cambio de tratamiento tributario frente a la determinación del impuesto sobre la renta de los contribuyentes cubiertos por el sistema de ajuste por inflación, por el año gravable de 1993, violando en forma flagrante los artículos 4°, 363 y 338 de la Constitución Nacional.

Además el actor con base en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, solicita la suspensión provisional de las disposiciones acusadas, por violación a la Constitución Nacional, en sus artículos 4°, 363 y 338, en cuanto, independientemente de que el Decreto 2591 transgrede o no la ley que dice reglamentar, "cambian la base gravable del impuesto sobre la renta al variar algunos de los elementos que sirven de base para su medición y como consecuencia cambian la obligación sustancial, el impuesto, no pueden, por prohibición constitucional, aplicarse para 1993".

El actor para sustentar su pretensión de suspensión de las normas acusadas, transcribe algunos apartes de la sentencia del Consejo de Estado, de octubre 15 de 1993, expediente 4710, consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos, en la que se interpreta los alcances del artículo 338 de la Constitución Nacional que "consagró de manera enfática la irretroactividad de la ley, y, específicamente para los impuestos de período".

Por último concluye el demandante en que "Prima hoy, y por ordenamiento consitcional una asboluta claridad económica y transparencia jurídica, cuando en el caso del impuesto sobre la renta, de período anual, el Constituyente le impone al legislador y por ende al reglamentador que las reglas deben estar dadas para el 1o. de enero y que con esas cartas se llegará hasta el final del ejercicio".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Examinados los requisitos previstos en los artículos 137 y s.s., del Código Contencioso Administrativo, la Sala observa que la demanda los reúne y por tanto habrá de admitirse.

Como en el mismo escrito de demanda el actor solicita la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las normas acusadas, por violación constitucional, la Sala encuentra que no es evidente tal transgresión de normas superiores, toda vez, que sería

necesario efectuar un estudio de fondo, no propio del trámite de esta medida cautelar, para determinar si el Decreto 2591 del 23 de diciembre de 1993, reglamentario parcialmente del Estatuto Tributario, excedió los límites previstos en la ley que dice reglamentar, o si como lo pretende el demandante, el mencionado Decreto modificó el tratamiento tributario previsto para la determinación del impuesto a la renta para los contribuyentes sometidos al sistema de ajustes integrales por inflación para el año de 1993.

De la misma manera habrá de determinarse, en el momento de fallar como lo asegura el actor, si el Constituyente en el artículo 338 le impuso además del legislador "y por ende al reglamentador que las reglas deben ser estar dadas para el 1o.de enero y que con esas cartas se llegará hasta el final del ejercicio".

En consecuencia, la Sala estima que los artículos acusados no violan *prima facie* la Constitución Nacional, pues aquélla, no se observa de la simple y sencilla comparación como lo exige el artículo 152 del C.C.A, para que sea procedente la suspensión provisional, sino que se amerita un estudio profundo de la manifiesta infracción de normas superiores.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1°. Admítese de la demanda.

2°. Notifíquese personalmente al señor Delegado de la Procuraduría General ante el Contencioso.

3°. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4°. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los interesados puedan contestar la demanda, y proponer excepciones y solicitar la práctica de las pruebas.

5°. No se accede a decretar la suspensión provisonal.

6o. Se tiene al doctor HECTOR RAUL CORCHUELO N., como parte demandante.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

APORTES AL SENA/CONTRATISTA INDEPENDIENTE/APORTES PARAFISCALES/SALARIO

Cuando quien ejecuta la obra por un precio determinado es un "contratista independiente" que no está sujeto a subordinación del contratante, no tiene el carácter de empleado o trabajador, asume todos los riesgos y utiliza sus propios medios y autonomía en la ejecución de la obra, la remuneración recibida, en consecuencia no tiene el carácter de salario. En este caso de las copias de los contratos celebrados se puede establecer además que el contratista tenía la responsabilidad de efectuar el pago de los aportes al SENA y que los funcionarios de esa entidad tomaron como base para calcular el monto de los aportes, los valores corrspondientes a los contratos y subcontratos de obras y construcciones sin tener en cuenta que los contratistas de esas obras ya habían cancelado los respecivos aportes con fundamento en los salarios pagados a sus trabajadores.

INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION/APORTES AL SENA/RESPONSABILIDAD/CONTRATO DE ADMINISTRACION DELEGADA

En relación con el Decreto 2375 de 1974 que consagró obligaciones de aportes al SENA para las personas dedicadas a la industria de la construcción, se advierte que dicho estatuto en ninguno de sus artículos establece responsabilidad del dueño de la obra para el pago de los aportes al SENA, salvo el evento de la ejecución de la obra por contrato de administración delegada y en ningún momento el SENA se refirió a las obligaciones consagradas en tal decreto, ya que en este caso se

hubiera liquidado aportes del 0.5% sobre el costo de la obra. Por el contrario, las resoluciones se refieren al aporte del 2% sobre los pagos hechos al contratista, refiriéndose así al porte consagrado en la Ley 21 de 1982.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5129. Actor: Construcciones Civiles S.A.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", la demandada, contra la providencia de 13 de agosto de 1993, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 0506 de 31 de agosto de 1990 y 0084 de 27 de mayo de 1992, expedidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA".

ANTECEDENTES

Previa visita a la sociedad actora, el Director Regional del SENA expidió la resolución No. 0506 de 31 de agosto de 1990, mediante la cual ordenó a la actora el pago de la suma de $ 13.120.585, por concepto de ajustes de aportes causados a favor del SENA por las vigencias de 1987, 1988 y 1989.

Contra la anterior resolución la actora interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido por el Director Regional del SENA mediante la resolución No. 0084 de 27 de mayo de 1992, confirmando la resolución N. 0506, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la sociedad actora consideró vulnerados los artículos 2°, 6°, 83, 84, 87 y 89 de la Constitución; 7° y 17 de la Ley 21 de 1982; 34, 127 y 128 del C.S. del T; 3° del Decreto 562 de 1990 y, 33 de la Ley 52 de 1977.

El concepto de la violación se sintetiza así:

La administración desconoció pagos efectivamente producidos a favor del SENA por intermedio de las Cajas de Compensación Familiar, teniendo como recibidas cifras inferiores a las canceladas por la actora en favor del SENA.

El SENA, con la expedición de los actos administrativos acusados infringió los artículos 17 de la Ley 21 de 1982 y 127 del C. S. del T., al incluir dentro de la base para efectuar los aportes partidas correspondientes a pagos realizados a "contratistas

independientes" de obras civiles y otros servicios, que no constituyen salario y por lo tanto, no son base de aportes a favor del SENA. Al respecto indicó que la administración presumió que se trataba de simples intermediarios o de contratos de trabajo, presunción que no esta autorizada por la ley.

Con base en lo establecido en los artículos 17 de la Ley 21 de 1982 y 127 del C.S.del T. (hoy art. 14 de la ley 50 de 1990), indicó que el aporte está directamente vinculado a la existencia de un contrato de trabajo directo.

La actora realizó los aportes por los años gravables de 1987, 1988 y 1989 al SENA, de acuerdo con los salarios consignados en las respectivas declaraciones de renta que, de conformidad con el artículo 746 del E.T. (Decreto 624 de 1984), se presumen ciertos.

El SENA no desvirtuó la presunción de veracidad establecida en la ley tributaria sino que, sin facultad legal asimiló al concepto de "salario", los pagos efectuados a contratistas de obras civiles o de servicio, revirtiendo la carga de la prueba a la actora y colocándola en la necesidad de demostrar que tales pagos no constituían salario.

Durante la visita del funcionario de la administración, la actora aportó varios contratos que no fueron tenidos en cuenta y por lo tanto, el SENA dedujo equivocadamente que los pagos realizados a los "contratistas independientes" tenían el carácter de salario, desconociendo que tales contratistas actúan como verdaderos "patronos", correspondiente al SENA, si lo estima conveniente, exigir a ese patrono el cumplimiento en el pago de los aportes que le puedan ser propios.

LA OPOSICION

El apoderado del SENA se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando, con fundamento en la Ley 21 de 1982 y en los Decretos 2375 de 1974, 083 de 1976 y 1042 de 1978, que los factores de salario tomados como base para la liquidación de aportes y, el concepto de presunción de responsabilidad de la empresa constructora sobre lo que no hagan en relación de aportes y contribuciones al SENA los contratistas, subcontratistas o intermediarios, está respaldado en las normas jurídicas y por lo tanto, no hubo desviación de atribuciones propias, ni aplicación indebida de la ley.

Los pagos realizados con cargo a una obra determinada, sumados entre sí, se entienden como "valor de las obras" y se deben aplicar, como lo hizo el SENA, para los efectos de los artículos 4° del Decreto 2375 de 1974 y 8° del Decreto 083 de 1976.

Finalmente y con respecto a los contratos supuestamente "civiles", señaló que no fueron aportados en la visita practicada por el funcionario del SENA y que constituyen verdaderos contratos laborales, por lo cual, la actora debe demostrar que son de carácter civil y no laboral.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo del Valle, mediante la sentencia apelada acogió las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

El artículo 7° de la Ley 21 de 1982, señaló los empleadores obligados a aportar para el pago del subsidio familiar, indicando en su numeral 4° a los empleadores que ocupan por lo menos uno o más trabajadores permanentes. Y, en el artículo 12 se estableció en un 2% el aporte para el SENA.

El artículo 17 ib., en relación con lo que se debe entender por nómina mensual de salarios dispuso que es la constituída por 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.

El artículo 34 del C. S. del T. establece que los contratistas independientes son verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios de las personas naturales o jurídicas que contratan la ejecución de las obras por un precio determinado. Al respecto señaló el *a-quo* que el dueño de la obra tiene responsabilidad solidaria con el contratista en lo referente al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, "no consagrando la norma igual responsabilidad en cuanto al pago de los aportes que corresponden al SENA" (fl.328).

De acuerdo con la prueba pericial practicada (fl. 308) a la contabilidad de la sociedad actora y a las declaraciones de renta por las vigencias de 1987, 1988 y 1989, se encontró que efectivamente había cancelado aportes al SENA por mayor valor al aceptado por la administración en los actos acusados y que, en la liquidación practicada por el SENA se tuvo como base para calcular los aportes, los valores relativos a los contratos y subcontratos de obras y construcciones, estableciendo al respecto los peritos que los contratistas de esas obras ya habían pagado los aportes al SENA por concepto de salarios sufragados a sus trabajadores.

Con fundamento en las copias auténticas aportadas al proceso de 27 contratos (fls.128 a 285) celebrados entre la actora y diferentes personas, se estableció el carácter de "independiente" de los contratistas, quienes efectuaban el objeto del respectivo contrato por su cuenta y riesgo, asumiendo la obligación de cancelar a los trabajadores contratados el salario, prestaciones e indemnizaciones y efectuando el pago de los aportes al SENA, surgiendo así en concepto del Tribunal, la ilegalidad de los actos administrativos demandados.

LA APELACION

El apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó argumentando que los pagos realizados por los contratistas o subcontratistas no están acreditados como aportes en las obras que contrataron en los años 1987, 1988 y 1989 con la actora

y que los rubros incorporados en las liquidaciones del SENA pueden hacerse válidamente para constituir el "valor de las obras", de acuerdo con lo establecido en los artículos 4° del Decreto 2375 de 1974 y 8° del Decreto 083 de 1976.

Finalmente señaló que en su criterio los contratos en cuestión no son de naturaleza civil sino laboral y que, de acuerdo con las normas que regulan el pago de los aportes al Sena, el dueño de la obra y el contratista tienen responsabilidad solidaria no solamente en lo relacionado con salarios, prestaciones e indemnizaciones, sino también en lo relacionado con el pago de los mencionados aportes al SENA.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la entidad demandada en esta etapa procesal reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la sustentación del recurso de apelación.

El apoderado de la actora alegó que dentro del expediente (fls. 128 a 285) obran los diferentes documentos que acreditan los nexos jurídicos entre la actora y los respectivos contratistas independientes, "que pagaron los aportes de manera independiente".

De conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 2351 de 1965, señaló que la esencia de la figura laboral del "contratista independiente" se concreta en asumir los riesgos de la operación, actuar con sus propios medios, con autonomía técnica y directiva y realizar la labor con sus propios empleados, siendo así el verdadero patrono de los trabajadores por él contratados sin que en ningún caso pueda considerarse como representante ni intermediario.

Del dictamen pericial que obra a folios 308 y siguientes, surge que la actora canceló el aporte del 2% sobre la nómina con destino al SENA, por el período comprendido entre 1987 y 1989.

Finalmente señaló que de conformidad con lo establecido en los artículos 127 y 128 del C. S. del T., y 7, 9 y 17 de la Ley 21 de 1982, los pagos efectuados a los "contratistas independientes" no ostentan una connotación salarial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por los ejercicios fiscales de 1987, 1988 y 1989, los discutidos, como en efecto lo advirtió el *a-quo*, las disposiciones aplicables en materia de cálculo y fijación de los aportes parafiscales al SENA, eran los artículos 7°, 9° y 17 de la Ley 21 de 1982, en conexión con los artículos 2053 y siguientes del Código Civil, sobre "los contratos para la confección de una obra material", y particularmente, con el artículo 2060 ib., referente al contrato civil de construcción, ajeno, por su índole, al contrato individual de trabajo, regulado por los artículos 22 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, y a la figura del "simple intermediario" que contrata servicios de determinadas personas para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono (artículo 35 ib.).

En forma reiterada la Sala ha señalado que cuando quien ejecuta la obra por un precio determinado es un "contratista independiente" que no está sujeto a subordinación del contratante, no tiene el carácter de empleado o trabajador, asume todos los riesgos y utiliza sus propios medios y autonomía en la ejecución de la obra, la remuneración recibida, en consecuencia, no tiene carácter de salario.

De conformidad con las copias auténticas de los contratos celebrados entre la sociedad actora y las diferentes personas (pagado el impuesto de timbre), que obran a folios 128 a 249 y 285 a 297, y el dictamen pericial (fl. 298 y s.s.), así como lo indicó el *a-quo*, se pudo establecer por una parte, el carácter de "contratista independiente" de quienes efectuaban el objeto del respectivo contrato por su cuenta y riesgo, asumiendo la obligación de contratar y cancelar a sus trabajadores el salario, prestaciones e indemnizaciones y, la responsabilidad de efectuar el pago de los aportes al SENA y por otra, se verificó que por las vigencias discutidas (1987,1988 y 1989) los funcionarios del SENA tomaron como base para calcular el monto de los aportes, los valores correspondientes a los contratos y subcontratos de obras y construcciones **sin** tener en cuenta que los contratistas de esas obras ya habían cancelado los respectivos aportes con fundamento en los salarios pagados a sus trabajadores.

En cuanto a la solidaridad a que se refiere el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, la Sala se ha pronunciado en el sentido de considerar que dicha solidaridad no opera con respecto a los aportes al SENA, sino en relación con los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.

En consecuencia en estos casos, es al contratista independiente a quien corresponde en su carácter de empleador el pago de los aportes parafiscales; en este sentido se pronunció la Sala en la sentencia de 15 de noviembre de 1991,expediente 3122, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate.

Por otra parte, y en relación con el Decreto 2375 de 1974 (invocado por el apoderado de la entidad apelante), que consagró obligaciones de aportes al SENA para las personas dedicadas a la industria de la construcción, se advierte que dicho estatuto en ninguno de sus artículos establece responsabilidad del dueño de la obra para el pago de los aportes al SENA, salvo el evento de la ejecución de la obra por contrato de administración delegada y, en ningún momento el SENA se refirió a las obligaciones consagradas en tal decreto, ya que en este caso se hubiera liquidado aportes del 0.5% sobre el costo de la obra. Por el contrario, las resoluciones se refieren al aporte del 2% sobre los pagos hechos al contratista, refiriéndose así al aporte consagrado en la Ley 21 de 1982.

De acuerdo con lo anterior, la Sala comparte el criterio expuesto por el Tribunal y procede a confirmar la sentencia apelada, no estando así llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

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:

Confírmase la sentencia apelada.

Se reconoce al doctor JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA como apoderado de la parte demandante, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sesión de la fecha-.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SANCION POR EXTEMPORANEIDAD/DECLARACION DE INGRESOS Y PATRIMONIO/ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO/CORRECCION DE SANCIONES.

La decisión de mantener la sanción por extemporaneidad fue acertada, toda vez que el Fondo, como es obvio, jurídicamente carecía de medios para demostrar que era el departamento mismo al cual se hallaba adscrito, y que consiguientemente se obligaba a presentar, cuando menos, dicha declaración de ingresos y patrimonios y de suyo, a liquidar la sanción discutida en términos del artículo 599-4 del Estatuto Tributario concordante con el 641 *ibídem*. Pero como no liquidó tal sanción, lo que sobrevino por efecto de la actuación administrativa, no fue propiamente la corrección de un "error aritmético" de las características del descrito por el artículo 697 *ibídem* sino, simplemente, la liquidación de la sanción, de conformidad con el artículo 701 *ibídem* a cuyo efecto no hacía falta un procedimiento distinto del ahí señalado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5175.Apelación Sentencia de 18 de julio de 1993 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Impuesto sobre la renta del período impositivo de 1987. Actor: Fondo Acumulativo de la Universidad del Valle.Fallo.

EL FONDO ACUMULATIVO DE LA UNIVERSIDAD DEL VALLE, el

actor, por conducto de apoderado, apela la sentencia de 18 de julio de 1993, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el contencioso de restablecimiento fiscal, referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1987, promovido contra la liquidación de corrección aritmética No.045 de 10 de julio de 1990 y la resolución No.056 de 23 de mayo de 1991, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Motivó la corrección, referida exclusivamente a la sanción por extemporaneidad, el hecho de que no se hubiera determinado ésta, de conformidad con el artículo 36 de Decreto 2503 de 1987 (o 641 del Estatuto Tributario), lo cual hacía "inconsistente" el renglón 53 de la declaración del período; el acto fue confirmado en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Identifica al Fondo, como ente "de carácter público, del orden departamental, sin ánimo de lucro (...) adscrito a la Universidad del Valle, entidad del orden departamental", no obligado a presentar una declaración como la oficialmente corregida.

Indica quebrantados los artículos 287 y 298 de la Constitución, 22, 23, 598, 683 y 721 del Estatuto Tributario, 253, 254 y 264 del Código de Régimen Departamental y 3° y 23 del Código Fiscal del Departamento del Valle.

Explica, en relación con los preceptos constitucionales invocados, haberse ignorado los mismos en el acto liquidatorio impugnado, pues no se habría atendido a que el Fondo pertenecía al orden departamental y merecía un tratamiento preferencial frente a las disposiciones del Estatuto Tributario; igualmente, respecto de los artículos 22, 23 y 598 de éste, haberse motivado falsa o erróneamente dicho acto liquidatorio, por interpretación equivocada de tales normas (que tratan, respectivamente, de las "entidades que no son contribuyentes", "otras entidades que no son contribuyentes" y "entidades obligadas a presentar declaración"), sin que existiera, para el Fondo, otra obligación que la de presentar declaraciones de retención en la fuente, según el artículo 6° ib.; del mismo modo, la Administración de Impuestos Nacionales de Personas Naturales de Bogotá, al resolver el recuso de reconsideración, habría obrado sin competencia, no solo porque, en el caso, se trataba de cuestión atinente a "persona jurídica", sino porque, disponiendo la Administración de Impuestos de Cali de una unidad de recursos tributarios, con facultad para resolver el recurso interpuesto, se envió éste a la Administración de Impuestos de Bogotá, en contradicción del artículo 721 ib., sobre "competencia funcional de discusión" y se afectó de nulidad el acto resolutorio, conforme al artículo 730 ib.

Se habrían desconocido, también, el espíritu de justicia que debía presidir la aplicación de la ley, a términos del artículo 683 ib., y la naturaleza jurídica probada del Fondo, cuyo tratamiento estaba sujeto a los citados artículos del Decreto 1222 de 1986, o Código de Régimen Departamental, y a las normas del Código Fiscal del Valle.

LA SENTENCIA

Del artículo 36, inciso 3° y parágrafo del Decreto 2503 de 1997, cuyo texto reproduce, infiere que la sanción por extemporaneidad es aplicable, independientemente de que la declaración del ejercicio liquide, o no, un gravamen, "o se esté excluído del mismo por no ser contribuyente", advirtiendo que, como lo sostuviera la Administración, el Fondo debía presentar "su declaración anual de ingresos y patrimonio, por el año gravable de 1987, el día 6 de julio de 1988, ya que su último dígito es uno (1), de conformidad con los artículos 6 y 8 del Decreto 038 de 1988".

La obligación de presentar declaración de ingresos y patrimonio derivaría, a su vez, del artículo 5° del Decreto 2503 de 1987 (o 598 del Estatuto Tributario), encontrándose, además, a derecho la sanción aplicada,"de conformidad con el artículo 701 del Estatuto Tributario..."

EL RECURSO

Afirma incongruente el fallo , con los fundamentos fácticos y jurídicos acreditados en el proceso, por haberse desestimado el hecho de que el Fondo era entidad de carácter público adscrita a la Universidad del Valle, sin ánimo de lucro y no obligada a presentar declaración de ingresos y patrimonio, y desoído el argumento de la incompetencia de la Administración de Impuestos Nacionales de Personas Naturales de Bogotá, para resolver el recurso gubernativo, en contravención del artículo 170 del Decreto 01 de 1984.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo contencioso, se pronuncia por la confirmación del fallo recurrido, en lo tocante a la alegada índole del Fondo actor, porque si, de conformidad con el artículo 253 del Decreto 1222 de 1986 (o Código de Régimen Departamental) citado en la demanda, los establecimientos públicos del orden departamental tienen personería jurídica, significaría esto que se trata de organismos diferentes de los que la Constitución, en su artículo 286, llama "departamentos", concluyéndose que si dichos establecimientos públicos no se incluyen en la excepción del artículo 598 del Estatuto Tributario, de acuerdo con esta misma norma, tienen obligación de declarar y pueden ser sujetos de la sanción por extemporaneidad del artículo 36 del Decreto 2503 de 1987.

Por lo que hace a la supuesta incompetencia de la unidad de recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Personas Naturales de Bogotá, advierte que fue ésta la que decidió el recurso gubernativo, no obstante que en la

primera página de la resolución acusada se diga otra cosa, sino la unidad de recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, según se expresa al final de tal providencia, al tomar resolución; adicionalmente, el demandante no habría demostrado "que este acto no fue expedido por la Administración de Cali o que el funcionario responsable del mismo no pertenece a esta dependencia..."

ALEGATO DE LA DEMANDADA

Se afirma en lo mismo dicho por el *a-quo,* en el sentido de que ser el Fondo demandante obligado a declarar ingresos y patrimonio, en los términos del artículo 5° del Decreto 2503 de 1987 (o 598 del Estatuto Tributario), por no encontrarse expresamente exceptuado de tal obligación, no pudiendo confundirse, como lo habría hecho el apoderado de aquél, "los conceptos de entidades territoriales y de entidades públicas descentralizadas (...), ya que éstas se crean como una forma de administración para delegar funciones del ente central...", mientras que las primeras representarían la organización territorial del Estado, según el artículo 286 de la Constitución.

Añade, por otro aspecto, que las obligaciones de pagar impuestos y presentar declaración de ingresos y patrimonio, son totalmente distintas, pues, se puede, o no, ser sujeto pasivo del tributo, pero sí obligado a declarar, de conformidad con los artículos 22 y 23 del Estatuto Tributario y 5° del Decreto 2503 de 1987, que sería el caso del Fondo.

Sobre el cargo por incompetencia funcional, coincide con la Procuraduría en que del propio acto se inferiría haberse expedido el mismo por la Administración de Impuestos de Cali, como se leería al concluir la parte motiva del acto resolutorio del recurso y al final del mismo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la Sala observa que, *ab initio,* el Fondo Acumulativo de la Universidad del Valle eligió, en su declaración, el régimen de la "asociación o corporación y demás entidades sin ánimo de lucro", tal como aparece señalado en la casilla 5, código B6 del formulario, lo cual implicaba que se sujetaba a la regulación del artículo 19 del Estatuto Tributario, con todas sus consecuencias, incluso la de liquidarse la sanción en cuestión.

Posteriormente, aduce la condición de "no contribuyente", dados determinados caracteres de su constitución y actividades, que la sentencia admite, con salvedades menores, pero no como para que se le excluya de la declaración de ingresos y patrimonio prevista por el artículo 598 ib.

En este punto, la decisión del *a-quo* fue acertada, toda vez que el Fondo, como es obvio, jurídicamente carecía de medios para demostrar que era el departamento mismo al cual se hallaba adscrito, según las ponderadas razones de la Procuraduría

y de la parte demandada, que se acogen y consiguientemente se obligaba a presentar, cuando menos, dicha declaración de ingresos y patrimonio y, de suyo, a liquidar la sanción discutida, en términos del artículo 599-4 del Estatuto Tributario, concordante con el 641 ib.

Pero como no liquidó tal sanción, lo que sobrevino por efecto de la actuación administrativa, no fue propiamente la corrección de un "error aritmético" de las características del descrito por el artículo 697 ib. sino, simplemente, la liquidación de la sanción, de conformidad con el artículo 701 ib., invocado por la unidad de liquidación, a cuyo efecto no hacía falta un procedimiento distinto del ahí señalado.

Por lo que hace a la alegada "incompetencia" de recursos tributarios, habiéndose demostrado suficientemente que la unidad era dependencia de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, la objeción carece de fundamento, debiendo mantenerse en todas sus partes el fallo recurrido.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

La doctora PATRICIA DEL PILAR ROMERO ANGULO tiene personería para obrar por la parte demandada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DIRECCION PARA NOTIFICACIONES/COBRO COACTIVO/MANDAMIENTO DE PAGO

Para efectos de las notificaciones los artículos 64 y 65 de la Ley 52 de 1977, exigían al contribuyente el informe de su dirección en las declaraciones tributarias o en formas especialmente diseñadas para el efecto por la Dirección de Impuestos Nacionales, disponiendo que una dirección continuaba siendo válida para efectos tributarios durante los tres meses siguientes a la fecha en que se comunicó su cambio, sin perjuicio de la validez de la dirección informada. Para efectos del cobro coactivo de obligaciones fiscales, (en junio de 1979), eran aplicables por no existir entonces un procedimiento de cobro especial, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que regulaba la materia, especialmente el art. 564.

NOTIFICACIONES-Efectos/MANDAMIENTO DE PAGO/PRINCIPIO DE PUBLICIDAD/PRINCIPIO DE CONTRADICCION

Como se encuentra probado que la citación para la notificación del mandamiento de pago al ejecutado se envió a una dirección que no correspondía a la contribuyente pues ésta ya había informado su cambio de dirección; es decir no existió realmente citación, porque los requisitos que exige la ley para la notificación de las decisiones que afectan a una persona directamente o a terceros, como claramente lo ha precisado la jurisdicción, no constituyen un rito carente de sentido o caprichoso sino que responden al principio de publicidad en virtud del cual las autoridades deben dar a conocer sus decisiones, al de contradicción en virtud del

cual los interesados tienen oportunidad de controvertir esas decisiones, utilizando para el efecto los medios de defensa que les concede la ley entre ellos proponer las excepciones pertinentes, salvaguardando así el derecho de defensa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4867. Actor: Productos Industriales Mineros S.A. "PRIMA". NIT 60005057. Impuesto Renta - Ventas. FALLO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Nación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida el 5 de marzo de 1993, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad contra los actos administrativos que no aceptaron las excepciones propuestas en el cobro coactivo del impuesto a las ventas por los años de 1969, 1970, 1971, 1972 y 1°, 2° y 3° bimestres de 1973, y de renta por los años de 1967, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1978 y 1979.

ANTECEDENTES

Mediante auto del 5 de junio de 1979, la Sección de Cobranzas de la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá inició proceso coactivo contra la sociedad PRODUCTOS INDUSTRIALES MINEROS S.A. "PRIMA", librando orden de pago por $4.011.871.97, relativo al cobro de impuestos sobre las ventas, correspondiente a los bimestres comprendidos entre el 1 de enero de 1969 y junio de 1973 más intereses corrientes y sanción de mora, con fundamento en las liquidaciones de aforo: Nos. 02237 de septiembre 25 de 1973; 02245 y 02246 de octubre 17 de 1973 y 02278, 02279, 02280, 02281, 02282, 02283, 02284, 02285 y 02286 a 02305 practicadas el 14 del mes de noviembre de 1973. Mandamiento ejecutivo que fue modificado el 10 de abril de 1980, para adicionarlo con el valor del certificado que con fecha marzo 25 de 1980 expidió el administrador por valor de $2.049.959, correspondiente al valor insoluto del impuesto de renta por 1967 y 1972 a 1979.

El 17 de marzo de 1989, la contibuyente solicitó con base en el Decreto 2503 de 1987 artículo 107, que se decretara la prescripción de la acción de cobro por haber transcurrido el término fijado por la ley para la notificación del mandamiento de pago, sin que la Administración hubiera citado al interesado para tal efecto. Solicitud que fue negada por la Administración mediante la resolución 000001 del 17 de abril de 1989 al considerar que el mencionado mandamiento fue notificado al curador *ad-litem* el 14 de julio de 1986.

Contra la anterior decisión interpuso la interesada el recurso de reposición, que fue resuelto por la resolución 00001 de 1989, objeto de recurso subsidiario de apelación,

sustentado en el hecho de que el contribuyente había comunicado cambio de dirección a la Administración el día 3 de marzo de 1982, y en consecuencia, las notificaciones posteriores efectuadas a direcciones distintas, en opinión del contribuyente fueron ilegales. El recurso fue resuelto con la resolución 000051 del 7 de diciembre de 1989 que confirmó la Resolución apelada.

LA DEMANDA

Consideró transgredido en primer término el artículo 26 de la Constitución Nacional por cuanto en su opinión la figura del curador *ad litem* es ilegal en la medida en que sólo puede operar cuando el afectado de una providencia renuncia expresa o tácitamente a su defensa.

El artículo 69 numerales 1° y 3° del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la notificación al curador *ad litem* que dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, como ilegal que fue, en la medida en que el contribuyente informó oportunamente a la Administración su cambio de dirección, debió revocarse por darse las causales 1a. y 3a. del artículo citado.

Finalmente citó como violados los artículos 7 de la Ley 52 de 1977, 77 del Decreto 3803 de 1982 y 107 del Decreto 2503 de 1987, por cuanto el mandamiento de pago, que es el único acto que puede interrumpir la prescripción, no se llevó a cabo en forma legal.

Pidió además de la anulación de los actos administrativos acusados que a título de restablecimiento del derecho se declarara la prescripción de tales obligaciones fiscales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda el apoderado de la Nación alegó que la prescripción quedó interrumpida al notificarse en forma legal el mandamiento de pago el 14 de julio de 1986, al curador *ad litem*, cuyo nombramiento fue legal por cuanto se efectuó previa citación al contribuyente.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda al considerar que estaban probados los siguientes hechos:

1.- Las obligaciones generadas del impuesto a las ventas quedaron ejecutoriadas el 5 de marzo de 1984.

2.- El mandamiento de pago fue notificado al curador *ad litem* el 14 de julio de 1986.

3.- A pesar de que la Administración admitió que la sociedad informó cambio de su dirección el 3 de marzo de 1982, el 20 de junio de 1985 le envió una citación a la anterior dirección, justificando su actuación con el argumento que la mencionada citación, no fue devuelta por el correo.

A juicio de la Corporación, la citación mencionada careció de eficacia y con ella, el nombramiento del curador *ad-litem.* Como consecuencia de lo anterior, no hubo interrupción del término de prescripción, que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2503 de 1987, artículo 107, era de cinco años y por ende cuando la sociedad presentó la solicitud de prescripción, el 17 de marzo de 1989, ésta ya era procedente.

LA APELACION

El apoderado de la Nación apela la sentencia reiterando que la notificación practicada al curador *ad-litem* el 14 de julio de 1986 es válida y se halla dentro del término, ya que a su parecer, procedía su nombramiento a la luz de lo dispuesto en el artículo 564 del Código de Procedimiento Civil y adicionalmente, porque para dicho nombramiento fue citado con anterioridad el contribuyente.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante lo Contencioso Administrativo, no rindió concepto.

Para la época en que se libró el mandamiento de pago (junio 5 de 1979) estaba vigente la Ley 52 de 1977 cuyos artículos 7° y 8° disponían:

> "Artículo 7°. La acción para exigir el pago del tributo prescribe en el término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo para el pago.
>
> "La prescripción de la acción de cobro del tributo comprende las sanciones que se determinen conjuntamente con aquel y extingue el derecho a los intereses y la sanción por mora. La prescripción podrá decretarse de oficio o solicitud del deudor".
>
> "Artículo 8°. El término de la prescripción a que se refiere el Artículo anterior se interrumpe:
>
> 1) Por la notificación personal del mandamiento del pago;
>
> 2) Por el otorgamiento de prórrogas u otras facilidades de pago.
>
> "Interrumpida la prescripción principiará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento ejecutivo o a la fecha del acuerdo de pago".

Para efectos de las notificaciones los artículos 64 y 65 *ibídem*, exigían al contribuyente el infome de su dirección en las declaraciones tributarias o en formas especialmente diseñadas para el efecto por la Dirección de Impuestos Nacionales, disponiendo que una dirección continuaba siendo válida para efectos tributarios durante los tres meses siguientes a la fecha en que se comunicó su cambio, sin perjuicio de la validez de la dirección informada.

El artículo 66 expresamente dispuso que: "Los requerimientos, citaciones, liquidaciones de corrección, de revisión y aforo deben notificarse por correo o personalmente siempre y cuando no tengan otra forma especial de notificación".

Para efectos del cobro coactivo de obligaciones fiscales, eran aplicables por no existir entonces un procedimiento de cobro especial, las disposicones del Código de Procedimiento Civil que regulaban la materia, especialmente el artículo 564 conforme con el cual:

> "Notificación del mandamiento ejecutivo. Para la notificación personal del mandamiento ejecutivo al deudor o a su representante o apoderado, se le citará por medio de comunicación enviada por conducto de empleado del despacho o por correo certificado a la última dirección registrada en la oficina de impuestos o declarada en el respectivo proceso de sucesión, y a falta de ella, mediante aviso publicado en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado por el juez.
>
> "Si el citado no se presenta al despacho del funcionario ejecutor a recibir la notificación personal dentro del término de quince días a partir de la publicación del aviso, de la fecha de la certificación postal, o de la entrega del oficio, se le nombrará curador *ad-litem* con quien se seguirá el proceso hasta cuando aquél se presente.
>
> "En la misma forma se hará la citación para notificar los títulos ejecutivos a los herederos del deudor".

Adicionalmente los artículos 44 a 47 del Decreto 01 de 1984, enseñan cómo debe hacerse las notificaciones de actos administrativos de carácter particular y el 48 prevé la consecuencia de la inobservancia de los requisitos exigidos por la ley para la notificación al establecer:

> "Artículo 48. Falta o irregularidad de las notificaciones.
> Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.
>
> "Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46.

En el *sub-lite* se encuentra probado y lo admite así la demandada que la citación para la notificación del mandamiento de pago al ejecutado se envío el 20 de junio de 1985 a la Calle 37 No. 8-43 y a la Carrera 10 No. 27-27, fecha para la cual esta dirección no correspondía a la contribuyente pues desde el 3 de marzo de 1982, la actora informó su cambio de dirección a la Calle 67 No. 7-94, (fl. 40 cdno.ppal.), es decir no existió realmente citación, porque los requisitos que exige la ley para la notificación de las decisiones que afectan a una persona directamente o a terceros, como claramente lo ha precisado la jurisdicción, no constituyen un rito carente de sentido o caprichoso sino que responden al principio de publicidad en virtud del cual las autoridades deben dar a conocer sus decisiones, al de contradicción en virtud del cual los interesados tienen

oportunidad de controvertir esas decisiones, utilizando para el efecto los medios de defensa que les concede la ley entre ellos proponer las excepciones pertinentes, salvaguardando así el derecho de defensa y el principio del debido proceso que gobiernan el sistema jurídico colombiano.

En consecuencia si no observó la Administración las normas procedimentales que gobiernan la notificación de estos actos administrativos, (art. 564 del Código de Procedimiento Civil) conforme lo ordenan el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo. No se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión. Pues esta norma consagra la eficacia del acto administrativo con todas las consecuencias que de ello se derivan a partir de la notificación bien hecha, sancionando la falta o irregularidad en la notificación, con la falta de eficacia.

No puede pretenderse que la deficiencia se subsane con el nombramiento de un curador *ad-litem* para intimar el mandamiento de pago porque para que tal recurso opere se necesita que cumplidas todas las diligencias requeridas por la ley para lograr la competencia del ejecutado, éste no se apersone por sí o por medio de apoderado en el proceso para defender sus derechos como lo precisa el *a-quo* en la sentencia. Por ello habrá de confirmarse por haber transcurrido el término de 5 años señalados en el artículo 7° de la Ley 52 de 1977, sin que la Administración hubiere notificado válidamente el mandamiento de pago.

Adicionalmente observa la Sala irregularidad en la designación del curador *ad-litem* pues el auto para discernir su nombramiento, previo a la posesión, cuyo ejemplar aparece a folio 13 del cuaderno de antecedentes enviado por la propia Administración, aparece en blanco, sin nombre del designado ni del funcionario, que hizo la elección, como tampoco aparece acta que indique el sistema empleado para tal selección.

No encuentra entonces mérito la Sala para revocar la sentencia apelada y por lo tanto ésta se confirma.

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 por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida el 5 de marzo de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio No. 7632.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS/HECHO IMPONIBLE/SUJETO PASIVO/ACTIVIDAD CERVECERA/INDUSTRIA CERVECERA

El impuesto de avisos y tableros, tiene una definición propia y por lo mismo la imposición no deriva del desarrollo de la actividad industrial, comercial o de servicios, sino de la colocación de avisos en la vía pública, coches, tranvías, estaciones de ferrocarriles, cafés y establecimientos públicos como lo señaló la Ley 97 de 1913. El hecho de otorgarle carácter complementario al impuesto de industria y comercio para efectos de liquidación y cobro, no le quita su calidad de autónomo, diferenciado de aquel. Si la actora es contribuyente del impuesto de industria y comercio y además coloca avisos, está obligada al pago del correspondiente impuesto por esta causa, sin que tal deber implique violación del artículo 69 de la Ley 4a. de 1983 según el cual se prohíbe a los municipios gravar la industria cervecera con impuestos distintos al de industria y comercio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5070. Actor: Bavaria S.A. C/Mpio. de Neiva.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 19 de julio de 1993, mediante el cual se confirman los actos administrativos que determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos por el año gravable de 1990.

ANTECEDENTES

Por medio de liquidación oficial, la Administración modificó la liquidación privada del contribuyente correspondiente a la vigencia de 1990 sobre el impuesto de industria, comercio y avisos, calculándolo sobre el total de los ingresos percibidos.

DEMANDA

La sociedad alegó básicamente que, con la actuación administrativa se vulneró el artículo 69 de la Ley 14 de 1983 que derogó la prohibición de gravar a los cerveceros con el impuesto de industria y comercio, por cuanto al practicársele la liquidación de revisión, se le calculó a cargo de la sociedad el impuesto de avisos sobre ingresos provenientes de la actividad cervecera, para lo cual no existe disposición legal que lo autorice.

Adujo la sociedad que, por el hecho de que el impuesto de avisos se recaude conjuntamente con el de industria y comercio, el primero no ha perdido su identidad.

Así las cosas, concluyó que no se configuró error aritmético, por cuanto en su sentir, sólo se le dio apelación al artículo 69 de la Ley 14 de 1983, en cuanto a que sólo liquidaron el gravamen de industria y comercio.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Consideró el apoderado del municipio de Neiva que, por expresa disposición legal, contenida en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, el impuesto de avisos y tableros se liquidará y cobrará en adelante a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de industria y comercio y en atención a que no se han concedido exenciones a la actividad cervecera solicitó que se confirme la actuación administrativa.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Después de una breve enumeración normativa, el Tribunal concluyó que la actividad cervecera no puede ser gravada con impuestos distintos al de industria y comercio pero entendiendo que la excepción es sobre la fabricación, consumo y venta de cervezas, pero no la de colocación de avisos en la vía pública, como en el caso en estudio.

Como consecuencia del anterior planteamiento, la Corporación denegó las súplicas de la demanda.

APELACION

El apoderado de la sociedad basó su recurso en una sentencia del Consejo de Estado de fecha junio 22 de 1990, C.P.: Dr. Martínez Conn, en donde se determinó que la materia imponible en el impuesto de avisos está constituída por toda la actividad

comercial, industrial y de servicios y en consecuencia, el hecho imponible, está ligado al ejercicio de una actividad gravable.

Estimó que, la norma al no hacer referencia expresa del impuesto de avisos, lo está excluyendo y en atención a que la norma posterior, prima sobre la anterior, se le debe dar aplicación al artículo 69, preferencialmente sobre el artículo 37 de la Ley 14 de 1983.

MINISTERIO PUBLICO

El agente del Ministerio Público, Dr. Ossa Arbeláez, conceptuó que debe confirmarse la sentencia recurrida, ya que el impuesto de avisos, es complementario del de industria y comercio y a partir de la Ley 14 de 1983, perdió autonomía al establecerse una base uniforme sobre el monto que se liquida como de industria y comercio.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

El apelante pretende con el recurso de apelación que se declare la nulidad de las resoluciones acusadas, por estimar que es improcedente el impuesto de "Avisos y Tableros", en consideración a lo estipulado en el artículo 69 de la Ley 14 de 1983.

Al respecto considera la Sala como lo ha hecho de manera reiterada, que el impuesto de avisos y tableros, tiene una definición propia y por lo mismo la imposición no deriva del desarrollo de la actividad industrial, comercial o de servicios, sino de la colocación de avisos en la vía pública, coches, tranvías, estaciones de ferrocarriles, cafés y establecimientos públicos como lo señaló la Ley 97 de 1913, en su artículo 1°, literal k).

A través del artículo 37 de la Ley 14 de 1983, que a su vez fue reglamentado por el artículo 19 del Decreto 3070 de 1983, se precisaron otros aspectos del tributo que anteriormente eran regulados por los Concejos Municipales, como la determinación de que el sujeto pasivo es quien realiza las actividades industriales, comerciales o de servicios sujetas al impuesto de industria y comercio, que la base gravable recae sobre el monto del impuesto de industria y comercio liquidado a cargo del sujeto pasivo y que la tarifa del 15% se aplica sobre el monto del impuesto de industria y comercio.

El hecho de otorgarle carácter complementario al impuesto de industria y comercio para efectos de liquidación y cobro, no le quita su calidad de autónomo, diferenciado de aquél.

En razón a lo expuesto, si la actora es contribuyente del impuesto de industria y comercio y además coloca avisos, está obligada al pago del correspondiente impuesto por esta causa, sin que tal deber implique violación del artículo 69 de la Ley 14 de 1983, según el cual se prohibe a los municipios gravar la industria cervecera con impuestos distintos al de industria y comercio, porque el impuesto de avisos y tableros no grava la fabricación ni el consumo de cerveza, sino la colocación de avisos en espacios públicos.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Sala, como en la sentencia del 12 de noviembre de 1993, actor: Cervecería Unión S.A. y en sentencia del 15 de noviembre de 1991, Actor: Bavaria S.A.

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 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 19 de julio de 1993, en el juicio No. 5971.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACCION DE NULIDAD-Objeto/**ADICION DE SENTENCIA**-Improcedencia

En la acción de nulidad sólo es viable la pretensión de nulidad del acto administrativo impugnado; la decisión del órgano jurisdiccional se limita a declarar la nulidad del acto volviendo por el fuero de la norma superior de derecho quebrantada pero sin hacer ninguna declaración sobre restablecimiento de derechos en relación con las personas a quienes haya podido afectar la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto declarado nulo. Es decir, el juzgador no puede sustituir a la Administración. Además esta acción se desenvuelve en torno a dos extremos únicamente: la norma transgredida y el acto transgresor, sin que las posibles situaciones jurídicas de carácter particular que se interpongan jueguen papel alguno en la *litis*, y su finalidad se limita al establecimiento de la legalidad objetivamente considerada, para asegurar así la regularidad jurídica de la actividad administrativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 4837. Actor: Robinson Ricardo Rada González. Adición de sentencia de febrero 3 de 1994. AUTO.

El ciudadano ROBINSON RICARDO RADA GONZALEZ, mediante escrito a folio 762-763, con fundamento en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, solicita adicionar la sentencia de fecha 3 de febrero de 1994, con relación a los siguientes puntos:

"**1.**- Si el Gobierno al expedir el Decreto 1708 de 1992 en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional y demás facultades que derivan de la ley marco de Aduanas podía imponer requisitos especiales que violaran la ley de trato y de oportunidades (art. 13 C.P) de los beneficiarios de la Sentencia C-511, con respecto a los que lograron adelantar y sanear por el Decreto 1751 de 1991".

"**2.**- Si los informes administrativos en el extranjero se pueden considerar información de tipo penal sobre las mercancías objeto del beneficio del saneamiento, siendo que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales requiere de una prejudicialidad penal con tránsito a cosa juzgada para tener en cuenta dicha información emitida por el exterior, como plena prueba (art. 29 Carta Política)".

"**3.**- Teniendo en cuenta que la Honorable Sala considera que la norma acusada "es un decreto especial que corresponde a la aplicación de lo ordenado (...) de manera extraña e inusual por la Corporación encargada del control constitucional...", es importante aclarar el por qué el fallo de la Corte Constitucional se tiene en cuenta para el cumplimiento de los requisitos impuestos por el Decreto 1708, y por qué la misma no se tiene en cuenta para la condición de tenedores que expresa la Sentencia C-511 de la Corte Constitucional".

"Considero que la Sentencia crea una dualidad de criterios con respecto a este tópico, pues expresa que (...) sólo puede imputarse a quien tenga la calidad de dueño del bien que se pretende sanear (...). Mal podría la administración permitir el saneamiento de vehículos sin verificar su propiedad (...)".

"Tal afirmación de la Sala sería opuesta al artículo 3o. del actual Régimen de Aduanas que considera al "tenedor" sujeto de la obligación tributaria a cargo del Estado., (sic) alternativamente con el propietario, el importador, el poseedor, etc.".

"**4.**- La Sala da por cierto, sin aclarar que debe obrar la plena prueba obtenida mediante un debido proceso penal internacional para que los principios del derecho internacional entren a reconocerse dentro de una actuación administrativa aduanera".

"**5.**- Omite también la sala (sic) realizar una auditoría constitucional de la tarifa del 75%, puesto que se limita a manifestar que ésta "no la estableció el decreto acusado sino que ya estaba establecida en el Decreto 1751 de 1990 (SIC) y lo que hizo el Gobierno no fue otra cosa distinta que repetir lo dicho por el Legislador extraordinario".

"La Sala ha omitido analizar, confrontar la vigencia material de esta tarifa con respecto a los artículos 338 y 363 de la Carta Política como fue planteado en el libelo de la demanda".

"**6.**-Omitió la Sala manifestar si las autoridades extranjeras son las competentes para definir la situación jurídico penal de un vehículo, existiendo legal y constitucionalmente autoridades colombianas con dichas funciones".

"**7.**-Omitió la Sala si es constitucional la norma acusada cuando ordenó presentar nuevamente las declaraciones de saneamiento ya presentadas entre el 2 y 31 de octubre de 1991, siendo que la sentencia C-511 de la Corte Constitucional declaró inexequible el Decreto 2250 de 1991, entre otras cosas por haber suspendido con abuso del poder el término establecido por el Decreto 1751 de 1991".

"**8.**-Omitió la Sala manifestar si los otros medios de pruebas establecidos por el Código de Procedimiento Civil (art. 175 del C.P.C.), no eran aplicables ni recurribles ante las pruebas establecidas por la norma acusada".

"**9.**-Omitió la Sala definir en qué situación jurídica quedan, dentro de la vigencia del orden justo e intereses fiscales de la Nación, las mercancías que no pudieren ser declaradas mediante los mecanismos establecidos en la norma acusada, ya que los mecanismos sacramentales "no permiten" su declaración y pago".

"**10.**-Omitió la Sala confrontar los argumentos constitucionales, normas violadas, limitándose tan sólo a criterios escuetos sin análisis de imperativo constitucional".

CONSIDERACIONES

Para resolver la Sala considera pertinente hacer las siguientes precisiones:

En la acción de nulidad sólo es viable la pretensión de nulidad del acto administrativo impugnado; la decisión del órgano jurisdiccional se limita a declarar la nulidad del acto volviendo por el fuero de la norma superior de derecho quebrantada pero sin hacer ninguna declaración sobre restablecimiento de derechos en relación con las personas a quienes haya podido afectar la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto declarado nulo. Es decir, el juzgador no puede sustituir a la Administración.

Además, esta acción se desenvuelve en torno a dos extremos únicamente: la norma transgredida y el acto transgresor, sin que las posibles situaciones jurídicas de carácter particular que se interpongan jueguen papel alguno en la *litis*; y, en su finalidad se limita al establecimiento de la legalidad objetivamente considerada, para asegurar así la regularidad jurídica de la actividad administrativa; su decisión es en interés general y no en el particular.

Al analizar en la solicitud de adición los puntos planteados por el actor, observa la Sala que no es pertinente la adición por cuanto, ellos ya están resueltos en la sentencia, y además, como se precisó anteriormente, en esta acción no es pertinente hacer declaraciones sobre restablecimiento de derechos, en el caso de autos, para los beneficiarios del saneamiento aduanero antes de la sentencia C-511 de la Corte

Constitucional, ni sustituir a la Administración decidiendo situaciones particulares, como lo pretende el actor.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala ha de negar la solicitud de adición de la sentencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

DENIEGUESE la solicitud de adición a la sentencia de 3 de febrero de 1994.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

AJUSTE POR INFLACION/DEDUCCION TEORICA/SUSPENSION PROVISIONAL/ACTIVOS NO MONETARIOS

El primer inciso del art. 354 del Estatuto Tributario como uno de los factores determinados de la deducción teórica indica "la sumatoria de los activos no monetarios representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, aportes en sociedades y acciones", relación esta que también está incorporada en el primer inciso del artículo 21 del decreto reglamentario, pero éste añade en el parágrafo 2o. que de tales activos no monetarios se debe excluir "el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal", con lo cual aparentemente se está introduciendo un factor no contemplado en la ley y que adiciona o modifica la enumeración precisa de los activos no monetarios contenida en el primer inciso.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., tres de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente:. *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5393. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Demanda de nulidad con suspensión provisional contra el Parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, reformado por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, expedidos por el Gobierno Nacional. Auto.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo el doctor JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA demanda la nulidad del parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, tal como quedó después de haber sido sustituído y modificado por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993. Dicha norma dispone:

> "Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".

Como única disposición violada cita el artículo 354 del Estatuto Tributario que incorpora el artículo 15 del Decreto Extraordinario 1744 de 1991, cuyo texto transcribe, por cuanto se refiere a la forma de determinar la deducción teórica, a que tienen derecho los contribuyentes sujetos al sistema de ajustes integrales por inflación.

El escrito demandatorio reúne los requisitos formales de ley, motivo por el cual será admitido para su correspondiente trámite.

SUSPENSION PROVISIONAL

Sustenta la petición de suspensión provisional mediante la confrontación de los textos del citado artículo 354 del Estatuto Tributario con todo el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, tal como quedó con las reformas introducidas por el artículo 8o. del Decreto 2191 de 1993, para destacar que este último Decreto Reglamentario solamente contiene dos modificaciones al texto de la norma sustantiva, consistentes en los parágrafos 1o. y 2o. El primero lo considera aclaratorio de la ley y por ello no es objeto de demanda; en tanto que el parágrafo 2o. "introduce distinciones que no están en la norma legal y restringe el alcance de la ley, con lo cual disminuye el valor del derecho de los contribuyentes".

La Sala en principio está de acuerdo con el planteamiento del actor.

El primer inciso del artículo 354 del Estatuto Tributario como uno de los factores determinantes de la deducción teórica indica "la sumatoria de los activos no monetarios representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, inventarios, aportes en sociedades y acciones", relación ésta que también está incorporada en el primer inciso del artículo 21 del Decreto Reglamentario, pero éste, añade en el parágrafo 2o. que de tales activos no monetarios se debe excluir "el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal", con lo cual aparentemente se está introduciendo un factor no contemplado en la ley y que adiciona o modifica la enumeración precisa de los activos no monetarios contenida en el primer inciso.

Lo dispuesto en el parágrafo acusado aparece a primera vista como un factor no contemplado en la ley, por lo que se justifica acceder a la suspensión provisional solicitada.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o.- ADMITESE la demanda de nulidad del parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 (diciembre 23), entablada con base en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, por el ciudadano JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA 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 demanda, 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 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, en su versión modificada por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, en especial en lo relativo al cálculo de la deducción teórica. Término: diez (10) días.

2o.- DECRETASE la suspensión provisional del parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, en su versión modificada por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, que dice:

> "Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal.".

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva, Jaime Abella Zárate.*

Carlos A. Flórez R., Secretario.

DIVISAS-Reintegro/BANCO DE LA REPUBLICA/JUNTA MONETARIA

Al exigir el Banco de la República el cumplimiento de la obligación mediante la devolución de divisas (y no en moneda nacional como argumenta el actor), por parte de los intermediarios financieros, su conducta, se ajustó a lo dispuesto en las decisiones del organismo rector de los asuntos cambiarios (Junta Monetaria), las cuales comportan la categoría de actos administrativos y éstos, mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contenciosa, o revocados por la Administración, conservan su fuerza ejecutoria; que implica el sometimiento a éstos para la Administración y el administrado. Además la decisión de la Junta Monetaria contenida en el acta cuestionada, constituye una decisión autónoma de ese organismo, que no conlleva quebramiento alguno de disposiciones de orden superior.

COMPENSACION-Improcedencia/OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA-Improcedencia/DEPOSITO EN GARANTIA-Improcedencia

El argumento de que la diferencia entre la liquidación a la tasa de cambio vigente el día de pago de la compensación automática y la liquidación de la tasa de cambio vigente que tomó el Banco de la República, envuelve un empobrecimiento injusto para el primero y un enriquecimiento sin causa para el segundo, carece de relación con los actos cuestionados, por cuanto los mecanismos de compensación previstos en el Código Civil, el pacto en moneda extranjera y su cancelación de que trata el Código de Comercio, al igual que la liquidación

de obligaciones, cuando se ha provisto de un depósito en garantía según lo regulado en este último estatuto, son aspectos que pueden ser tratados en su argumentación frente a las resoluciones de Junta Monetaria que establecieron la devolución de divisas; normativa ésta que por ser de carácter especial prevalece sobre el ordenamiento de carácter general.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4471. Actor: Banco Santander S.A. Autoridades Nacionales. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por el señor apoderado de la parte actora, contra la sentencia de 23 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual dio prosperidad a la excepción de inepta demanda y negó las súplicas de la misma , en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el Banco Santander contra el oficio No. 325 de julio 9 de 1987, y parte del acta de 8 de julio de 1987, expedidos por la Junta Monetaria.

ANTECEDENTES

Por resoluciones 59 de 1975 y 37 de 1983, se facultó al Banco de la República para aprobar licencias de cambio a los establecimientos de crédito, debiendo estos legalizar las operaciones en plazo de 2 meses, y si no la legalizaban, debían reintegrar al Banco de la República las divisas correspondientes. Además, los intermediarios financieros debían de otorgar al Banco de la República una garantía o depósito, equivalente al 35% del valor de giro.

Además disponían, las referidas resoluciones, que si vencido el plazo de 2 meses, prorrogable por un mes más –resolución 59 de 1975– modificada, después, a dos meses –resolución 37 de 1983–, el intermediario financiero no presentaba los documentos necesarios para la legalización de las licencias, debía devolver al Banco de la República las divisas correspondientes, debiendo el Banco de la República abonar en cuenta del intermediario los pesos recibidos en garantía y lo correspondiente a los certificados de cambio, alusivos a la operación que se resolvió por el incumplimiento del intermediario financiero.

Entre los meses de julio y noviembre de 1983, utilizando el sistema señalado, el Banco Santander, tramitó y garantizó giros al exterior para el pago de operaciones de comercio exterior por un valor de US$11.139.845.oo, para cuya adquisición y con-

forme a lo dispuesto por la resolución No. 19/79 de la Junta Monetaria, cubrió un 5% en certificados de cambio y el 95% restante, o sea, la suma de US$10.582.510,75 que en pesos al tipo de cambio de las fechas de adquisición alcanzó una suma de $899.279.64; además, conforme a la resolución 91/83 de la Junta Monetaria, constituyó ante el Banco de la República depósito en garantía en un 35% del valor de los giros, por una suma total de $331.737.844.33.

Al llegar el día del pago, por no haber legalizado los giros en los dos meses anteriores, se presentaban dos obligaciones recíprocas a saber : El Banco Santander estaba obligado a restituir las divisas correspondientes al Banco de la República, y éste estaba a su vez obligado a reintegrar al Banco Santander, mediante abono en su cuenta, los pesos y certificados de cambio recibidos inicialmente por el Banco de la República al vender las divisas, más el depósito de garantía.

El Banco de la República rechazó el pago en pesos –oferta de pago efectuada por el Banco Santander– exigiendo que el reintegro o devolución fuera en dólares .

La determinación tomada por el Banco de la República de sólo aceptar el pago en dólares, motivó al Banco Santander a dirigir una carta a la Junta Monetaria el 6 de febrero de 1984 (Fls. 57 a 60) en la cual le sugiere la opción de varias fórmulas entre las cuales propone el suministro de posición propia, es decir, la venta en dólares por el Banco de la República al Banco Santander en la medida necesaria para cubrir la obligación, o la entrega de divisas con fundamento en el artículo 16 del Decreto 444/67, o la obtención de un crédito externo en dólares, o el pago en pesos de las obligaciones. Al no obtener respuesta, el Banco le dirigió una nueva carta el día 14 de mayo de ese mismo año (Fls. 60-61), haciendo alusión a las excesivas cargas económicas que representaba para el Banco el mantenimiento de las garantías constituídas para la autorización de los giros, sin que se obtuviere respuesta alguna. El Banco accionante insistió nuevamente el 3 de agosto de 1984, y remitió una nueva solicitud en la cual expresaba sus puntos de vista, acerca de una posible solución (Fls. 62-63) consistente, en aplicar el artículo 249 del Decreto-Ley 444 de 1967.

En vista de que no se obtenía respuesta alguna , en escrito de fecha 8 de octubre de 1984 (Fl. 64) solicitó el demandante se ordenara al Banco de la República devolver "los recursos que se encuentran congelados desde los meses diciembre de 1983 a enero de 1984, cuando se hicieron efectivas las garantías al no aceptar la Oficina de Cambios del Banco de la República como idóneos los documentos expedidos por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior y la Aduana Nacional, necesarios para obtener las licencias de cambios que legalizaran estos giros".

El 6 de noviembre de 1984, la Junta Monetaria, mediante oficio 515, comunicó al señor Presidente del Banco Santander, que según reunión efectuada por esa misma entidad –el día 31 de octubre de 1984–, se acordó autorizar al Banco de la República

para devolver los depósitos que trata la resolución 91/93 constituidos por concepto de operaciones de giro efectuados a través del sistema previsto en la resolución 79/75 y normas concordantes con anterioridad a la vigencia de la resolución 91 de 1983. Así mismo, respecto de las operaciones efectuadas con posterioridad a la vigencia de la resolución 91 de 1983, la Junta acordó que "el Banco de la República podrá devolver los depósitos o garantías constituidas para tales operaciones, cuando éstas se deshagan mediante la devolución de las divisas correspondientes o de moneda legal colombiana por una cuantía equivalente, liquidada a la tasa de cambio vigente el día de la devolución, en concordancia con el artículo 148 del Decreto-Ley 444 de 1967" (Fl. 65).

Mediante télex de fecha 21 de diciembre de 1984 (fl. 66), dirigido al Banco Santander, el Jefe del Departamento Internacional del Banco de la República manifestó que para deshacer las operaciones "simultáneamente a cambio de la devolución de las divisas, el Banco de la República cargará su equivalente en moneda nacional, efecto por el cual hará la correspondiente liquidación a la tasa vigente para el certificado de cambio el día en que se realice esta operación".

Dando cumplimiento el Banco de la República a lo determinado por la Junta Monetaria, en sesión de 31 de octubre de 1984, realizó una liquidación definitiva correspondiente a las obligaciones recíprocas, derivadas de las ventas de moneda extranjera efectuadas por el Banco de la República al Banco Santander, liquidación que fue comunicada, a la parte actora mediante oficio No. GG-1992, de fecha 7 de febrero de 1986 (fls. 97/98).

Expedida la correspondiente liquidación y notificada por oficio GG-1992, de fecha 7 de febrero de 1986, el Banco Santander, mediante oficio de mayo 13 de 1986 (folios 99/107), se pronuncia manifestando su desacuerdo respecto de la liquidación efectuada de que da cuenta el oficio No. GG-1992 de febrero 7 de 1986. Al que a su vez dio respuesta desfavorable el Banco de la República, mediante el oficio SGJ-10523 (folios 108/110) manifestando entre otros puntos, que hasta tanto la Junta Monetaria no modificará la forma de cumplir con la obligación de devolver unas divisas, a cargo de los establecimientos de crédito que no justificaran los giros anticipados, el Banco de la República no podía en ningún momento variar la forma de cumplir la obligación.

Por último, el 17 de marzo de 1987, el Banco Santander dirigió a la Junta Monetaria un escrito, mediante el cual pretendió reabrir nuevamente la discusión sobre los puntos en controversia, al que dio contestación el Secretario de la Junta Monetaria, por oficio 325 de 9 de julio de 1987 (acto demandado), y en el que manifestó que la Junta Monetaria –en su sesión de 8 de julio de 1987– había acordado dar respuesta a la comunicación –de marzo 17 de 1987– en el sentido que las decisiones adoptadas por la Corporación y el Banco de la República –la adoptada en sesión de 31 de octubre

de 1984, consiste en aceptar el reintegro en pesos– fueron, "analizadas profunda y concienzudamente en su oportunidad, de manera que no existen razones para modificarla. En consecuencia la Junta se abstuvo de considerar favorablemente su solicitud".

LA DEMANDA

La actora, por medio de apoderado presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual solicita que se declare la nulidad del "acto administrativo contenido en el oficio 325 de 9 de julio de 1987, suscrito por el Secretario de la Junta Monetaria y dirigido al Presidente del Banco Santander y en lo pertinente la parte del acta del 8 de julio de 1987, de esa Corporación, en la cual, según se da cuenta en aquel oficio, se estudió la comunicación de 17 de marzo del mismo año, dirigida a la Junta Monetaria , por el Presidente del Banco Santander". Y que , "como consecuencia de la anterior nulidad, esa Honorable Corporación declara (sic) que la Junta Monetaria deberá ordenar al Banco de la República que éste reintegro (sic) o abone en cuenta al Banco Santander, la cantidad de doscientos diez y seis millones trescientos ochenta y cinco mil setecientos setenta pesos con ochenta y siete centavos ($ 216.385.770.87) M/cte.

Normas violadas: artículos 26 y 76 de la Constitución Nacional; artículo 248 del Decreto 444 de 1967; artículo 1714 y 1715 del C.C; artículos 874 y 1173 Código de Comercio; artículos 31, 35, 36, 50 y 61 del C.C.A y artículos 2 y 3 de la resolución 91 de 1983.

LA SENTENCIA

El *a-quo*, mediante sentencia de 23 de julio, se abstuvo de emitir un pronunciamiento de fondo, al considerar que prosperaba la excepción de "inepta demanda", propuesta por el señor apoderado de la parte demandada, manifestando que "la demanda es inepta sustantivamente para obtener éxito en la pretensión de restablecimiento y en consecuencia no podrá haber pronunciamiento favorable a las pretensiones incoadas, lo que implica no una inhibición sino denegación de las mismas...", y agrega, "de modo que tal como lo advierte el apoderado de la parte opositora, y la Fiscalía lo corrobora, la demanda resulta inocua al no haberse demandado la declaración de voluntad contenida en el oficio de febrero 7 de 1986, al cual se dio ejecución según el comprobante No. 089991 al que antes se hizo referencia".

"No es el oficio 325 del 9 de julio de 1987, declaración de voluntad administrativa creadora, modificadora o extintora de un derecho, no contiene la obligación a cargo de la demandante, pues no es acto de liquidación de las obligaciones recíprocas que en virtud de la operación de cambio exterior se configuró. Con el mencionado oficio, el Secretario de la Junta Monetaria se limitó a transmitir al demandante la decisión que sobre petición formulada ante el organismo el 17 de marzo de ese año, adoptó éste".

Así mismo, dispuso la providencia inpugnada que "la mencionada liquidación, fue definitiva y ejecutada por la sucursal del emisor en Barranquilla, y sin tener (sic) el Gerente General del Banco de la República superior jerárquico en sede administrativa, el acto quedó en firme y la acción caducó a los cuatro meses de realizado el abono a cuenta del actor, de saldo a su favor". "Es decir, el acto de ejecución constituyó el inequívoco punto de partida para el conteo del término de caducidad de la acción dirigida a obtener la nulidad de ese acto que fijó el monto de lo debido por el banco demandante".

"Resulta pertinente anotar que de conformidad con las funciones que le fueron asignadas a la Junta Monetaria por la Ley 7a. de 1963, esta entidad desempeña en materia de cambios internacionales y de comercio exterior un papel de dirección y control que también es parte de la política monetaria del país y en ese orden tiene autoridad para interpretar la aplicación de sus propias resoluciones, con carácter general".

"De modo que las decisiones que adopte el organismo en esa vía, no pueden controvertirse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues no podría adjudicárseles una lesión a derechos subjetivos, si se toma en consideración el alto ámbito de la soberanía monetaria en el que ejerce sus competencias".

EL RECURSO

El apoderado de la actora, propuso recurso de apelación contra la sentencia del *a-quo*, fundando su inconformidad en los siguientes puntos:

a) Que la sentencia impugnada sostiene que el Banco de la República, en materia monetaria y de cambios internacionales, es un mero ejecutor de las decisiones de la extinta Junta Monetaria.

b) Que la sentencia inhibitoria acoge la excepción de inepta demanda, porque "la petición desde (sic) el 24 de enero de 1984 formulará en forma reiterada a "la Junta Monetaria el demandante para deshacer las fallidas operaciones de cambio, en pesos, a la tasa vigente en la fecha que se pretendieron realizar, se absolvió "mediante el oficio GG 1992 del 7 de febrero de 1986 (folios 97 y 98) en que el Banco de la República **realiza la operación de liquidación, resolviendo así las incógnitas y peticiones del intermediario financiero con relación a los giros a su cargo,** como que por télex del 11 de febrero instruye de manera precisa a la sucursal de Barranquilla para que **en esa fecha realice la contabilización correspondiente".**

Argumenta su inconformidad con las contradicciones en que, según el apelante, incurrió el Tribunal, pero acepta que "el emisor es un mero ejecutor operativo de las decisiones que en materia cambiaria son del resorte exclusivo de la Junta Monetaria, luego el competente para decidir la petición de la demandante era la Junta Monetaria y no el Banco".

Además el impugnante manifiesta que el fallo se obstina "en el absurdo de que la decisión o acto administrativo que manifestó la voluntad con efectos jurídicos fue el oficio GG 1992 de febrero 7/86, emitido por el Banco de la República. (Que no fue notificado ni indicó recursos). A la vez sostiene el Tribunal que es un **acto de ejecución** que liquidó las obligaciones recíprocas, por lo cual **"se tomó en consideración la opinión de la Junta Monetaria"**. Es decir, que para el Tribunal a la inversa de lo preceptuado por la ley quien decide y manifiesta la voluntad con efectos jurídicos sobre el tema cambiado es el Banco de la República, mientras que la Junta Monetaria meramente **opina** y no decide. Estas las razones para inferir que no se impugnó el verdadero acto creador de situaciones jurídicas que a su juicio es el mencionado oficio del Banco".

Respecto a que el acto no fue notificado por la Administración ni se le indicaron cuáles eran los recursos, afirma que el Código Contencioso Administrativo que es norma general aplicable a todas las ramas del Poder Público y entidades descentralizadas, incluídos el Banco Emisor y la Junta Monetaria, establece por regla general los recursos de reposición y apelación (art. 50) e imperativamente dispone la obligación de notificar los actos administrativos e indicar los recursos legales (arts. 43, 44 y 47).

LOS ALEGATOS

Parte Actora:

Expresa sus argumentos aduciendo que la decisión del *a-quo*, en: "La sentencia contra la cual recurrió refleja por antonomasia esa inclinación de los jueces consistente en irse por el formalismo para eludir el fallo de fondo, que no se sabe si es herencia de la madre España o corresponde al más arraigado instinto nativo", agrega, que a partir de la nueva Constitución se erigió en mandato constitucional la "prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones (Art. 228)...".

Nuevamente expone las inquietudes que adujo en la demanda y alegato de conclusión en la primera instancia y en el recurso de apelación.

Aduce que, el acto de liquidación fue "realizado a espaldas del interesado", no fue notificado por lo cual "dizque no se interpusieron recursos y en consecuencia quedó precluida la vía administrativa". Y agrega, que "una liquidación contable a realizarse en una fecha incierta de un futuro indeterminado, cuya realización no fue conocida por el interesado, no pudo ponerle término a ésta ni ninguna actuación administrativa. No podía ponerle término, puesto que en la liquidación clandestina se empleó una tasa de cambio sobreevaluada, punto éste sobre el cual el Banco Santander había reclamado ahincadamente desde un comienzo".

Parte Demandada:

Insiste en que la providencia apelada debe ser confirmada puesto que "la mencionada liquidación fue definitiva y ejecutada por la sucursal del emisor en Barranquilla...".

En relación con los demás aspectos aducidos por el apelante, expone que la Junta Monetaria con la decisión de 31 de octubre de 1984, ejerció a cabalidad sus funciones constitucionales y legales, definiendo una situación y los alcances de incumplimiento del Banco Santander y de otras instituciones financieras de las obligaciones contraídas conforme a las resoluciones 59 de 1975 y 91 de 1983.

El Ministerio Público:

La Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, en su alegato de conclusión solicita la confirmación de la sentencia apelada; agregando, además, algunos aspectos jurídicos no contemplados en el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, advierte la Sala, incongruencia en la providencia del *a-quo*, pues al mismo tiempo que acoge la excepción de inepta demanda, deniega las súplicas de la misma.

Lo primero que debe examinar la Sala, es lo concerniente a la excepción de inepta demanda, propuesta oportunamente por el apoderado de la parte demandada y cuya prosperidad originó la negativa a las súplicas de la demanda en la sentencia del Tribunal.

La excepción de inepta demanda, se fundamentó en la consideración de que el oficio No. 325 del 9 de julio de 1987, por el cual el Secretario de la Junta Monetaria informó al Banco Santander sobre la decisión negativa a modificar lo decidido en la reunión de la misma del 31 de octubre de 1984; no es susceptible de demandarse en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, ya que en su concepto el acto que ha debido demandarse era el de la liquidación practicada por el Banco de la República al igual que las negativas del mismo a modificarla y no el oficio mencionado.

Frente a los argumentos que anteceden, la Sala no advierte ausencia de presupuestos en la demanda que puedan dar lugar a la prosperidad de la excepción propuesta, por cuanto las razones en que se fundamentan pueden dar lugar a que la decisión de fondo sea adversa al demandante, pero de ninguna manera, a la aceptación de ineptitud de la misma.

En efecto, como lo ha extendido la doctrina y la jurisprudencia, aquellos presupuestos hacen relación a los requisitos necesarios para que se inicie y trabe la relación jurídico procesal, los cuales debe examinar el fallo antes del correspondiente pronunciamiento.

Por ello la Sala no está de acuerdo con lo argumentado por el Tribunal *a-quo* al afirmar que : "de modo que tal como lo advierte el abogado de la parte opositora y la Fiscalía lo corrobora, la demanda resulta inepta al no haberse demandado la declaración de voluntad contenida en el oficio de febrero 7 de 1986, al cual se dio ejecución según el comprobante No. 089991 al que antes hizo referencia".

"No es el oficio 325 del 9 de julio de 1987, declaración de voluntad administrativa creadora, modificadora o extintora de un derecho, no contiene la obligación a cargo de la demandante, pues no es acto de liquidación de las obligaciones recíprocas que en virtud de la operación de cambio exterior se configuró. Con el mencionado oficio, el Secretario de la Junta Monetaria se limitó a transmitir al demandante la decisión que sobre una petición formulada ante el organismo el 17 de marzo de ese año, adoptó éste".

En consecuencia, la Sala entra a conocer los cargos de violación expuestos contra los actos administrativos acusados, el oficio No. 325 del 9 de julio de 1987, y la parte del acta del 8 de julio del mismo año.

Primer Cargo: Poder liberatorio de la moneda nacional:

Argumenta el accionante, que la decisión del Banco de la República y de la Junta Monetaria, de no recibir en moneda nacional, sino en dólares, el pago de una obligación contraída en ésta última "Es una extravagancia inaudita, a fuerza (sic) de significar un burdo quebranto a la ley", por cuanto "el billete del Estado conserva su poder liberatorio, de tal suerte que los deudores de cantidades, aunque éstas fueren de monedas metálicas de la Nación o extranjeras, pudieran satisfacer sus obligaciones pagando en la moneda estipulada o en billetes del Estado".

La Sala no comparte la anterior argumentación cuya formulación bien pudiera ser de recibo contra las resoluciones de la Junta Monetaria que consagran la obligación de devolver al Banco de la República las divisas recibidas, si vencido el plazo para legalizar las licencias de cambio respectivas, no hubieren entregado los documentos para su legalización; por cuanto al exigir el Banco de la República el cumplimiento de la obligación, mediante la devolución de divisas, por parte de los intermediarios financieros, su conducta, se ajustó a lo dispuesto en las decisiones del organismo rector de los asuntos cambiarios, las cuales comportan la categoría de actos administrativos y éstos, mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contenciosa, o revocados por la Administración, conservan su fuerza ejecutoria; que implica el sometimiento a éstos para la Administración y el administrado.

Así mismo, la decisión de la Junta Monetaria contenida en el acta de fecha 8 de julio de 1987, constituye una decisión autónoma de ese organismo, de no modificar lo ya resuelto por la misma el 31 de octubre de 1984, ejercicio de tal autonomía que no conlleva quebramiento alguno de disposiciones de orden superior, si no que por el contrario, se ciñe a éstas.

Segundo Cargo: Violación de los Artículos 1714 y 1715 del Código Civil y 874, 1173 del Código de Comercio.

Resalta el accionante que: "la diferencia entre la liquidación a la tasa de cambio vigente el día de pago de la compensación automática prescrita por el artículo 1715 del C.C. de las obligaciones recíprocas que se produjo en cada caso, dos meses después de la autorización de los giros..., y la liquidación a la tasa de cambio vigente el 31 de octubre de 1984, que fue la que tomaron la Junta Monetaria y el Banco de la República; esa diferencia –repito– representa un mayor valor a cargo del Banco Santander y a favor del Banco de la República, mayor valor que envuelve un empobrecimiento injusto para el primero y un enriquecimiento sin causa para el segundo, y que, como se ha visto, surge de una obstinada y arbitraria inobservancia de la ley que le otorga poder liberatorio ilimitado a la moneda nacional, no desde la fecha que arbitrariamente quieran las autoridades, sino siempre, y un desconocimiento de la ley que manda la compensación por su ministerio de las deudas recíprocas en dinero, líquidas y exigibles".

Lo anteriormente afirmado, carece de relación alguna con el contenido de los actos administrativos cuestionados, por cuanto los mecanismos de compensación previstos en el Código Civil, el pacto en moneda extranjera y su cancelación de que trata el Código de Comercio, al igual que, la liquidación de obligaciones, cuando se ha provisto de un depósito en garantía según lo regulado en este último estatuto, son aspectos que pueden ser tratados en su argumentación frente a las resoluciones de la Junta Monetaria que establecieron la devolución de divisas; normativa ésta que por ser de carácter especial, prevalece sobre el ordenamiento de carácter general y el contenido privado como son las previstas en los Códigos Civil y de Comercio.

Al expresar el demandante, de otra parte, que la resolución 37 consagra una especie de compensación automática, al señalar: "Esta devolución mediante el abono en cuenta era también automáticamente ordenada por las resoluciones de la Junta Monetaria en los artículos antes citados, luego dichas fracciones de su propia reglamentación son vulneradas junto con el texto de la ley mercantil aludido por la misma Junta y su subalterno ejecutor el Banco de la República. Es bueno recordar que la resolución 37, refiriéndose a la devolución de divisas, disponía textualmente que :

> "Para estos efectos (es decir para los efectos de la devolución de las divisas) el Banco de la República abonará en cuenta los pesos recibidos y abonará también en cuenta del respectivo establecimiento los certificados de cambio

entregados originalmente en la operación que se deshace"(art. 3o.), sistema de pago por derechas o compensación automática que fue mantenido también por la resolución 91".

Constituye razonamiento jurídico que podría haber sido expuesto frente a la liquidación efectuada de las obligaciones recíprocas Banco de la República vs. Banco Santander, pero no para enervar la validez del oficio 325 del 9 de julio de 1987, y lo dispuesto por la Junta Monetaria en su sesión plasmada en el acta del 8 de julio de 1987.

Tercer Cargo: Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886. Al pretermitir los procedimientos legales e impedir el efectivo cumplimiento del derecho de defensa.

Este cargo lo sustenta el accionante afirmando que: "todos sus actos por naturaleza son administrativos, y lo mismo ocurre con las actuaciones del Banco de la República en su calidad de ejecutor de la política monetaria; por ende sus actuaciones en esta materia se rigen por el derecho público, con la observancia de las formalidades y derechos reconocidos en el Código tales como adoptar decisiones motivadas al menos en forma sumaria, por afectar la situación del Banco demandante, con citación de normas legales y la notificación de las providencias indicando los recursos pertinentes en la vía gubernativa".

"Pero en este caso nada de lo anterior ocurrió y toda la actuación de la Junta y del Banco de la República se limitó a cruzar correspondencia si, muchas de ellas ajenas al conocimiento del Banco actor; y por ende fundadas en argumentos secretos que impidieron y negaron el derecho de defensa del demandante, desconociéndole de hecho los recursos, y dificultando el ejercicio del derecho de acción ante este Tribunal".

Del examen del contenido del anterior cuestionamiento, se advierte que ninguno guarda relación con los actos administrativos cuya nulidad se solicita, pues se controvierten conductas anteriores tanto del Banco de la República como de la Junta Monetaria, expresando que estas se apartaron del mandato superior en cuanto no fueron oportuna y legalmente puestas a conocimiento de la accionante, y porque imposibilitaron, además, el ejercicio de la acción al no facilitar documentos que fueron considerados de carácter reservado. Ciertamente, no encuentra la Sala, conexidad alguna con el oficio y acta demandados, respecto de los cuales no se cuestiona el procedimiento para su expedición o su notificación.

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye, que debe revocarse la sentencia del Tribunal *a-quo*, para declarar no probada la excepción de inepta demanda, e imprósperas las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada de fecha 23 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar deniéganse las súplicas de la demanda.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva, Jaime Abella Zárate.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SOCIEDAD MERCANTIL/SOCIEDAD CIVIL/OBJETO SOCIAL/ACTO DE COMERCIO

El artículo 100 del Código de Comercio introduce una variable a la preceptiva civil al señalar "si la empresa social comprende actos mercantiles y otros que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial". Esta variable conlleva, consagrar prevalencia de la mercantilidad de las empresas o actos a ejecutar, frente a los allí contemplados y de naturaleza civil; esta innovación de la preceptiva mercantil impide equívocos en la calificación del ente asociativo, por cuanto no interesa, ni la importancia, ni la extensión de los actos mercantiles frente a los civiles, para que la sociedad siempre sea calificada como mercantil, lo cual facilita la labor del intérprete, y desde luego, la del fallador.

SOCIEDAD MERCANTIL/SOCIEDAD CIVIL/ASOCIADO

Es a partir de la enunciación del numeral 4o. del artículo 110 del C. de Coque de la actividad a desarrollar se haga por la sociedad, para que proceda su calificación, bien como civil o mercantil; como lo ha entendido la doctrina de los mercantilistas, no es la voluntad de los asociados la que imprime el carácter de civil o mercantil al ente asociativo, sino la naturaleza de los actos a desarrollar, por cuanto el son de naturaleza de los actos a desarrollar, por cuanto si son de naturaleza mercantil, la sociedad será mercantil, así la voluntad de los asociados sea otra; al igual que si el objeto social comprende activi-dades civiles y mercantiles, la

prevalencia de éstas, por disposición de la ley, le imprimen al ente asociativo la naturaleza de sociedad comercial.

PERSONA NATURAL/PERSONA JURIDICA/CAPACIDAD/COMERCIANTE

Entre los distintos puntos de divergencia que se pueden señalar entre las personas naturales o jurídicas, existen dos de marcada relevancia: las referentes a la capacidad y a la adquisición de la calidad de comerciante. La persona natural posee capacidad ilimitada salvo los de inhabilidad o incapacidad, etc., lo cual quiere decir, que la persona natural está provista de capacidad para realizar cualquier actividad comercial –excepto las prohibiciones legales, los monopolios impuestos por la ley, cláusulas contractuales, o actividad sólo desarrollable por personas jurídicas. Por el contrario, la persona jurídica comercial, su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto social, lo que conlleva en consecuencia el de tener una capacidad limitada.

ACTO DE COMERCIO/ACCIONES-Adquisición/OPERACION BURSATIL

Del objeto social de la actora se puede deducir que las inversiones se realizan con la finalidad de obtener rentabilidad, bien a través de los frutos o en su enajenación, y por lo que respecta a este último constituye un acto de comercio a la luz de lo dispuesto en el ordinal 1o. del artículo 20 del C. de Co. De igual manera se consagran en el mismo operaciones absolutamente mercantiles, como la adquisición de acciones y la celebración de operaciones bursátiles, cuya mercantilidad no depende de la intención que tenga el sujeto al realizar la operación, intencionalidad de la cual depende la mercantilidad para las operaciones previstas en los ordinales 1,2 y 3 del artículo en comento, del código citado, pues, los actos absolutamente mercantiles, su mercantilidad no está condicionada a factor alguno.

DIVIDENDO/PARTICIPACION/ACTIVIDAD COMERCIAL/LIQUIDACION DE AFORO

Los dividendos y participaciones representan las utilidades que recibe el inversionista por las acciones, cuotas, o las partes de interés social que posee bien en sociedades por acciones, responsabilidad limitada, colectivas o en comandita simple; dividendos y participaciones que se relacionan con el acto mismo de la vinculación como accionista o socio, que es mercantil, por lo que la naturaleza jurídica de aquellas –dividen-

dos y participaciones– serán mercantiles por conexidad, conforme a lo previsto en el artículo 21 del Código de Comercio, el cual establece que los actos relacionados con actividades o empresas de comercio, son de carácter mercantil, interpretación que la doctrina adopta a efectuar la clasificación de los actos de comercio, que los califica como mercantiles por conexidad, vale decir, por la estrecha relación con la empresa o el acto de comercio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente*: Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4548. Actor: Besmit Ltda. Impuestos - Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia de 17 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda iniciada por la sociedad BESMIT LTDA., contra los actos administrativos que le fijaron el impuesto de industria y comercio por los años gravables de 1983, 1984, 1985 y 1986.

ANTECEDENTES

El Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital de Santafé de Bogotá), previa acta de requerimiento de fecha 24 de noviembre de 1987 y acta de visita 05-167 de marzo 25 de 1988, previa revisión de los libros de contabilidad e inspección a las declaraciones de renta de la sociedad, por los años de 1983, 1984,1985 y 1986, produjo la resolución No. 559 de 18 de julio de 1988, y practicó liquidación de aforo, mediante la cual se determinaron a cargo de la sociedad actora los impuestos de industria y comercio, correspondiente a los años antes indicados, aduciendo que la actividad desarrollada y las operaciones comprobadas de la visita de marzo 25 de 1988, no están incluidas dentro de las prohibiciones de gravar con el impuesto de industria y comercio indicadas por el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, ni entre las actividades no sujetas a tributo previstas en el artículo 4o. del Acuerdo 21 de 1983, o las exenciones concebidas por el artículo 5o. *ibídem.*

El Distrito en la resolución No. 559 de 18 de julio de 1988, consideró que : "a) La sociedad inició actividades el 19 de diciembre de 1977, b) Desarrolla como actividad la de inversionistas (sic) y, c) Durante los períodos gravables comprendidos entre 1983 y 1986, la Sociedad obtuvo los siguientes ingresos, por los conceptos que adelante se indican":

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada de fecha 23 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar deniéganse las súplicas de la demanda.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva, Jaime Abella Zárate.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SOCIEDAD MERCANTIL/SOCIEDAD CIVIL/OBJETO SOCIAL/ACTO DE COMERCIO

El artículo 100 del Código de Comercio introduce una variable a la preceptiva civil al señalar "si la empresa social comprende actos mercantiles y otros que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial". Esta variable conlleva, consagrar prevalencia de la mercantilidad de las empresas o actos a ejecutar, frente a los allí contemplados y de naturaleza civil; esta innovación de la preceptiva mercantil impide equívocos en la calificación del ente asociativo, por cuanto no interesa, ni la importancia, ni la extensión de los actos mercantiles frente a los civiles, para que la sociedad siempre sea calificada como mercantil, lo cual facilita la labor del intérprete, y desde luego, la del fallador.

SOCIEDAD MERCANTIL/SOCIEDAD CIVIL/ASOCIADO

Es a partir de la enunciación del numeral 4o. del artículo 110 del C. de Coque de la actividad a desarrollar se haga por la sociedad, para que proceda su calificación, bien como civil o mercantil; como lo ha entendido la doctrina de los mercantilistas, no es la voluntad de los asociados la que imprime el carácter de civil o mercantil al ente asociativo, sino la naturaleza de los actos a desarrollar, por cuanto el son de naturaleza de los actos a desarrollar, por cuanto si son de naturaleza mercantil, la sociedad será mercantil, así la voluntad de los asociados sea otra; al igual que si el objeto social comprende activi-dades civiles y mercantiles, la

prevalencia de éstas, por disposición de la ley, le imprimen al ente asociativo la naturaleza de sociedad comercial.

PERSONA NATURAL/PERSONA JURIDICA/CAPACIDAD/COMERCIANTE

Entre los distintos puntos de divergencia que se pueden señalar entre las personas naturales o jurídicas, existen dos de marcada relevancia: las referentes a la capacidad y a la adquisición de la calidad de comerciante. La persona natural posee capacidad ilimitada salvo los de inhabilidad o incapacidad, etc., lo cual quiere decir, que la persona natural está provista de capacidad para realizar cualquier actividad comercial –excepto las prohibiciones legales, los monopolios impuestos por la ley, cláusulas contractuales, o actividad sólo desarrollable por personas jurídicas. Por el contrario, la persona jurídica comercial, su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto social, lo que conlleva en consecuencia el de tener una capacidad limitada.

ACTO DE COMERCIO/ACCIONES-Adquisición/OPERACION BURSATIL

Del objeto social de la actora se puede deducir que las inversiones se realizan con la finalidad de obtener rentabilidad, bien a través de los frutos o en su enajenación, y por lo que respecta a este último constituye un acto de comercio a la luz de lo dispuesto en el ordinal 1o. del artículo 20 del C. de Co. De igual manera se consagran en el mismo operaciones absolutamente mercantiles, como la adquisición de acciones y la celebración de operaciones bursátiles, cuya mercantilidad no depende de la intención que tenga el sujeto al realizar la operación, intencionalidad de la cual depende la mercantilidad para las operaciones previstas en los ordinales 1,2 y 3 del artículo en comento, del código citado, pues, los actos absolutamente mercantiles, su mercantilidad no está condicionada a factor alguno.

DIVIDENDO/PARTICIPACION/ACTIVIDAD COMERCIAL/LIQUIDACION DE AFORO

Los dividendos y participaciones representan las utilidades que recibe el inversionista por las acciones, cuotas, o las partes de interés social que posee bien en sociedades por acciones, responsabilidad limitada, colectivas o en comandita simple; dividendos y participaciones que se relacionan con el acto mismo de la vinculación como accionista o socio, que es mercantil, por lo que la naturaleza jurídica de aquellas –dividen-

dos y participaciones– serán mercantiles por conexidad, conforme a lo previsto en el artículo 21 del Código de Comercio, el cual establece que los actos relacionados con actividades o empresas de comercio, son de carácter mercantil, interpretación que la doctrina adopta a efectuar la clasificación de los actos de comercio, que los califica como mercantiles por conexidad, vale decir, por la estrecha relación con la empresa o el acto de comercio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente*: Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4548. Actor: Besmit Ltda. Impuestos - Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia de 17 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda iniciada por la sociedad BESMIT LTDA., contra los actos administrativos que le fijaron el impuesto de industria y comercio por los años gravables de 1983, 1984, 1985 y 1986.

ANTECEDENTES

El Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital de Santafé de Bogotá), previa acta de requerimiento de fecha 24 de noviembre de 1987 y acta de visita 05-167 de marzo 25 de 1988, previa revisión de los libros de contabilidad e inspección a las declaraciones de renta de la sociedad, por los años de 1983, 1984,1985 y 1986, produjo la resolución No. 559 de 18 de julio de 1988, y practicó liquidación de aforo, mediante la cual se determinaron a cargo de la sociedad actora los impuestos de industria y comercio, correspondiente a los años antes indicados, aduciendo que la actividad desarrollada y las operaciones comprobadas de la visita de marzo 25 de 1988, no están incluidas dentro de las prohibiciones de gravar con el impuesto de industria y comercio indicadas por el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, ni entre las actividades no sujetas a tributo previstas en el artículo 4o. del Acuerdo 21 de 1983, o las exenciones concebidas por el artículo 5o. *ibídem.*

El Distrito en la resolución No. 559 de 18 de julio de 1988, consideró que : "a) La sociedad inició actividades el 19 de diciembre de 1977, b) Desarrolla como actividad la de inversionistas (sic) y, c) Durante los períodos gravables comprendidos entre 1983 y 1986, la Sociedad obtuvo los siguientes ingresos, por los conceptos que adelante se indican":

"AÑO 1983.	
Dividendos recibidos	$34.750.700.
Participación en Sociedades	$ 3.351.953.
Total	$38.102.653.
AÑO 1984.	
Dividendos recibidos	$91.457.203.
Participación en Sociedades	$ 869.992.
Total	$92.327.195.
AÑO 1985	
Djvidendos recibidos	$118.958.769.
Ingresos por liquidación de Sociedades	$ 1.722.417.
Total	$ 120.681.186.
AÑO 1986	
Dividendos recibidos	$184.453.657.
Venta de inmueble	$ 15.400.00 . (sic)
Ingresos por liquidación de Sociedades	$ 6.594.579.
Recuperación de deducciones	$ 739.681.
Intereses	$ 12.120.
Total	$207.200.037."

Contra la mencionada resolución No. 559 de 18 de julio de 1988 la sociedad actora interpuso recurso de apelación, resuelto mediante resolución No. 055 de 10 de marzo de 1989, que confirmó todos los valores de la resolución apelada y declaró agotada la vía gubernativa (folios 27/31).

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa, la sociedad actora por medio de apoderado presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra las resoluciones antes mencionadas, indicando como normas violadas los artículos 1o., 8o., y 16 2 del Acuerdo No. 21 de 1983, artículo 20 del Código de Comercio, y aduce como argu- mento que "El enfoque dado por la Junta Distrital de Hacienda, es totalmente equivocado, pues la sociedad que represento no ha alegado que su actividad esté incluida dentro de las prohibiciones de gravar con el impuesto, ni que su actividad esté prevista por el artículo 4o. del Acuerdo 21/83, como no sujeta al tributo, ni tampoco ha dicho que su actividad esté dentro de las exenciones del artículo 5o.; lo que la sociedad ha explicado, alegado

y comprobado es que no es sujeto pasivo de los impuestos de industria y comercio, porque su actividad no es industrial, comercial ni de servicios, y tampoco es entidad financiera, por lo cual no pueden determinarse impuestos a su cargo".

"La actividad desarrollada por la sociedad es la de INVERSIONISTA y por tanto sus ingresos están constituídos por dividendos, participaciones y venta de activos fijos; actos que no pueden clasificarse de industriales, comerciales, servicios ni financieros".

"La empresa no ha alegado estar incluída dentro de las prohibiciones, exenciones o no sujeciones, lo que ha explicado y probado es que su actividad no fue incluída como sujeta al impuesto y al no estar, no puede obligársele a pagar el impuesto".

"El artículo 3o. del Acuerdo 21/83 establece que es sujeto pasivo de los impuestos de industria y comercio la persona natural, jurídica, o la sociedad de hecho **que realice el hecho generador de la obligación tributaria**" (el destacado es del texto).

"El artículo 1o. del mismo acuerdo, determina que **el hecho generador está constituído por el ejercicio o realización** directa o indirecta de cualquier **actividad industrial, comercial o de servicios** en jurisdicción de Bogotá, ya sea en forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimientos de comercio, o sin ellos".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El a-*quo* realizando un análisis sobre el punto debatido, consistente en establecer, si las actividades realizadas por la sociedad están tipificadas como actos u operaciones mercantiles y por tanto están sujetas al gravamen de industria y comercio, concluyó que:

a) En relación a si la intervención como asociado en la constitución de sociedades implicaba una actividad comercial, se pronunció, trayendo a colación una sentencia de esta Corporación, de 26 de julio de 1991, expediente 3165, Magistrado Ponente Doctora Consuelo Sarria Olcos, en la cual expresó: "lo que la ley y el acuerdo citado grava es el "ejercicio habitual y profesional" de actos de comercio, porque es dicho ejercicio el que conforma una actividad económica susceptible de ser gravada".

b) En cuanto a los conceptos de "dividendos percibidos" y "participación en sociedades, se pronunció aduciendo los conceptos que Joaquín Garrigues, en su curso de "Derecho Mercantil, trae de ellos, y además que, "es contrario al principio de la equidad que se cobre tributo a la sociedad en la cual posee acciones la sociedad actora y que además, se le cobre el gravamen al ente societario nuevamente".

Y agrega, "Del objeto social de la compañía se observa que los ingresos obtenidos por liquidación de sociedades no pueden gravarse con el impuesto de industria y comercio. En lo concerniente a los intereses percibidos durante el año 1986 en un monto de $ 12.120, es evidente que la actividad de la empresa no se relaciona con préstamos de dinero, razón por la cual este ingreso no es gravable".

En lo relativo a la venta de inmuebles y recuperación de deducciones el *a-quo,* en cuanto al primer concepto, indicó que "si se tiene en cuenta que la enajenación de inmuebles no está dentro del giro ordinario de los negocios de la compañía", no podía ser gravada. Y en cuanto a la recuperación por deducciones indicó a que tampoco podía ser gravada ya que "Es evidente para la Sala que la suma de $739.682, fue gravada doblemente en la liquidación impugnada, una como parte en el precio de venta y otra como recuperación de deducciones ya que a folio 33 del cuaderno de antecedentes aparece un anexo de la declaración de renta del año de 1986 en el cual se detalla la venta del inmueble con base en él.

EL RECURSO

El Distrito Especial de Bogotá, por medio de apoderado, interpone recurso de apelación contra la sentencia del 17 de septiembre de 1993, aduciendo como puntos de inconformidad, que de una lectura del objeto social de la actora se puede "analizar qué se entiende por actividades que están dentro del giro ordinario de los negocios y cuál es la prueba idónea para demostrar tal situación". Cita para corroborar lo anterior, una sentencia de 16 de octubre de 1964, Magistrado Ponente Guillermo González Charry.

Por lo tanto la sociedad teniendo en cuenta que el ingreso obtenido por la sociedad actora dentro de su giro ordinario o extraordinario de actividad generó un incremento en su momento percibido por la misma dentro de su patrimonio, debía presentar su declaración. Además, porque la actora desarrolla una actividad comercial, es sujeto pasivo del gravamen.

LOS ALEGATOS

Parte Actora: Aduce nuevamente que la actividad de inversionista no fue contemplada por la Ley 14 de 1983 ni el Acuerdo 21 de mismo año, como sujeta al impuesto de Industria, Comercio y Avisos, recalca "que es contrario al principio de equidad que se cobre tributo en la sociedad en la cual posee acciones la sociedad actora y que además, se le cobre el gravámen (sic) al ente societario nuevamente".

Que en relación con la constitución de sociedades, se encuentra demostrado "que en el tiempo comprendido por las liquidaciones de aforo, o sea 1983 a 1986" la actora no intervino como asociada, razón por la cual su actividad no puede calificarse como actividad comercial. Y agrega que en relación a otros conceptos esporádicos o eventuales de ingresos por liquidación de sociedades, venta de inmuebles, recupe-

ración de deducciones e intereses, se debe entender, que en cuanto al primero no figura como objeto social de la empresa, y lo que ocurre es un reembolso de capital, por lo que no puede calificarse como ingreso".

En cuanto a la venta de inmuebles y recuperación de deducciones e intereses, manifiesta que no está dentro del giro ordinario de los negocios de la compañía y de otra parte se trata de un ingreso eventual.

Se opone a lo que consiste la apoderada del Distrito, en que del objeto social de la sociedad, están la negociación de bienes raíces, muebles, acciones, partes de interés, cuotas, bonos o papeles, y que por lo tanto por estar dicha actividad dentro del giro ordinario de los negocios debe considerarse como actividad habitual y que por lo tanto son activos móviles, aduciendo que éstos no lo son, puesto que en primer lugar la sociedad sólo es inversionista en dichos activos (negociación que constituye el objeto social de la compañía), puesto que "conforme a los antecedentes administrativos se establece que BSMIET, no tiene el negocio de compraventa de acciones, cuotas sociales, partes de interés, cuotas etc., sino que invierte en dichos activos, de los cuales recibe sus participaciones o dividendos, es decir tienen carácter de activos fijos.

El Distrito: Reitera lo expresado en el escrito de sustentación del recurso, en cuanto a que del análisis del objeto social desarrollado por la actora, sí es sujeto pasivo del gravamen y se pregunta "ahora bien, si la sociedad no ejerciera actos de comercio como lo reitera el Honorable Tribunal, nos preguntamos porqué aparece registrada en la cámara de comercio?".

El Ministerio Público: La señora Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, solicita se confirme la sentencia apelada, indicando que la sociedad demandante invierte en sociedades anónimas y limitadas, hecho que en sí mismo, no puede calificarse como realización de actividades comerciales, que puedan ser gravadas, y se abstiene de hacer pronunciamiento en relación a los ingresos percibidos por venta de inmuebles, ya que no fue objeto de apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala son varios los puntos que deben ser analizados a fin de establecer si la sociedad actora no es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, como lo sostiene la actora, o, por el contrario, se encuentra dentro de los presupuestos jurídicos para ser sujeto de este gravamen, como lo sostiene la Administración Distrital.

a) La Mercantilidad de la Sociedad: Tanto en el Código Civil, como el Mercantil, el criterio que ha predominado para establecer la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, ha sido el referente a los actos a ejecutar señalados en su objeto social.

En efecto, el artículo 2085 del Código Civil, dice que son comerciales "las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles. En consecuencia, se predica la existencia de una sociedad comercial cuando en su objeto social se ha previsto la realización de operaciones o actos calificados como mercantiles. Por el contrario, frente a una sociedad cuya actividad a desarrollar esté conformada por actividades que la ley califica como civiles, el ente asociativo es de naturaleza civil. Este criterio adoptado por el Código Civil es el previsto en el artículo 100 del Código de Comercio al señalar que: "Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles". Disposición que introduce una variable a la perceptiva Civil al señalar "si la empresa social comprende actos mercantiles y otros que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial". Esta variable conlleva, consagrar prevalencia de la mercantilidad de las empresas o actos a ejecutar, frente a los allí contemplados y de naturaleza civil; esta innovación de la preceptiva mercantil impide equívocos en la calificación del ente asociativo, por cuanto no interesa, ni la importancia, ni la extensión de los actos mercantiles frente a los civiles, para que la sociedad sea calificada como mercantil, lo cual facilita la labor del intérprete, y desde luego, la del fallador.

Para tal fin, el numeral 4o. del artículo 110 de Código de Comercio exige que en la escritura de constitución se exprese: "el objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enumeración clara y completa de las actividades principales". Entonces, es a partir de esta enunciación que se haga de la actividad a desarrollar por la sociedad que procede su calificación, bien como civil o mercantil; como lo ha entendido la doctrina de los mercantilistas, no es la voluntad de los asociados la que imprime el carácter de civil o mercantil al ente asociativo, sino la naturaleza de los actos a desarrollar , por cuanto si son de naturaleza mercantil, la sociedad será mercantil, así la voluntad de los asociados sea otra; al igual que si el objeto social comprende actividades civiles y mercantiles, la prevalencia de éstas, por disposición de la ley, le imprimen al ente asociativo la naturaleza de sociedad comercial.

Entre los distintos puntos de divergencia que se puede señalar entre las personas naturales y jurídicas, existen dos de marcada relevancia: los referentes a la capacidad y adquisición de la calidad de comerciante. La persona natural posee capacidad ilimitada –salvo los casos de inhabilidad o incapacidad etc.– lo cual quiere decir, que la persona natural está provista de capacidad para realizar cualquier actividad comercial –excepto las prohibiciones legales, los monopolios impuestos por la ley, cláusulas contractuales, o actividad sólo desarrollable por personas jurídicas–. Por el contrario, la persona jurídica comercial tal como lo señala el artículo 99 del Código de Comercio, su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto social, lo que conlleva, como consecuencia, el de tener una capacidad limitada, porque al ser la persona jurídica de creación legal, ha querido el

legislador que tanto los socios como terceros, conozcan de antemano la operaciones que pueden ser desarrolladas por la sociedad.

De otra parte, en cuanto al ejercicio profesional de actividades mercantiles, como factor determinante para adquirir la calidad de comerciante, sólo es predicable en relación con las personas naturales de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Código de Comercio, quienes adquieren el *status* de comerciante por el ejercicio profesional de actos calificados como mercantiles. Este ejercicio profesional de actos de comercio, por el contrario, no es el que impone o determina la mercantilidad de una sociedad, por cuanto a término del artículo 100 *ibídem*, "se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles"; basta , pues, que el objeto social contemple la realización de éstos para que sea predicable la existencia de una persona jurídica comerciante, sin consideración a que exista un ejercicio habitual de estas operaciones. Cabe agregar, de otra parte, que la voluntad colectiva de quienes constituyen una sociedad impone la existencia de una organización propia a la actividad económica a desarrollar, que es necesaria para lograr el fin a perseguir por los asociados a través del contrato asociativo, cual es, el de obtener unas utilidades para repartir. En suma, la mercantilidad de la sociedad no depende de la habitualidad en el ejercicio de las operaciones mercantiles, ésta está dada por ser mercantiles las operaciones a realizar.

Sin embargo, debe anotarse que no se produce variación en la jurisprudencia; la que sirve de sustento al fallo apelado, se formuló siendo parte una sociedad extranjera, con inversión en el país, pero no incorporada por no desarrollar negocios de carácter permanente.

En el *sub-lite* la sociedad según certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, visible a folios 15 a 18, ha estipulado como su objeto social "TODA CLASE DE INVERSIONES EN BIENES RAICES Y MUEBLES, EN ACCIONES, PARTES DE INTERES, CUOTAS, BONOS, CEDULAS Y DEMAS TITULOS VALORES Y PAPELES BURSATILES.

PARAGRAFO: SE ENTIENDEN INCLUIDOS EN EL OBJETO SOCIAL LOS ACTOS DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL MISMO LOS QUE TENGAN FINALIDAD EJERCER LOS DERECHOS Y CUMPLIR LAS OBLIGACIONES LEGAL Y CONVENCIONALMENTE DERIVADAS DE LA EXISTENCIA Y ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD".

Cuando la actividad empresarial de una sociedad está determinada por la realización de inversiones tanto en bienes muebles como inmuebles no cabe la menor duda que la finalidad es la obtención de utilidades, bien por los frutos que estos bienes produzcan o por la diferencia resultante entre el costo de adquisición y el precio de venta de los mismos; cosa distinta sucede cuando la actividad es otra, por ejemplo, la

productora, en donde diversos bienes muebles o inmuebles, pueden estar vinculados a la actividad generadora de renta como activos fijos; de consiguiente, del transcrito objeto social de la actora se puede deducir que dichas inversiones se realizan con la finalidad de obtener la rentabilidad, bien a través de los frutos o en su enajenación, y por lo que respecta a este último constituye un acto de comercio a la luz de lo dispuesto en el ordinal 1o. del artículo 20 del Código del Comercio. De igual manera se consagran en el mismo operaciones absolutamente mercantiles, como la adquisición de acciones y la celebración de operaciones bursátiles, cuya mercantilidad no depende de la intención que tenga el sujeto al realizar la operación, intencionalidad de la cual depende la mercantilidad para las operaciones previstas en los ordinales 1, 2 y 3 del artículo en comento, del Código citado, pues, los actos absolutamente mercantiles, su mercantilidad no está condicionada a factor alguno, bien por el sujeto, o la intención que se tenga al momento de su realización. Son mercantiles por disponerlo así los ordinales 6o. y 7o. del precitado artículo, al señalar que son mercantiles "6o.) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para la reventa, permuta etc., de los mismos; 7o.) Las operaciones bancarias, de bolsa, o de martillos". Se consagra como absolutamente mercantiles, las operaciones sobre títulos valores, y las acciones son títulos valores corporativos o de participación, según la clasificación del artículo 619 *ibídem*; al igual de las operaciones bursátiles. Luego, si la sociedad contempla en su objeto social la realización de actos mercantiles, su naturaleza es de carácter mercantil de acuerdo a lo señalado en el artículo 100 del Código de Comercio.

Estas actividades comerciales desarrolladas por la sociedad encajan en "las definidas como tales por el Código de Comercio", según la remisión que hace al estatuto mercantil, los artículos 35 de la Ley 14 de 1983 y 8o. del Acuerdo 21 de 1983.

b) Sujeto Pasivo y el hecho generador: El artículo 1o. del Acuerdo 21 de 1983, establece que el hecho generador de los impuestos de Industria, Comercio y Avisos "está constituído por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, o de servicios en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá ya sea que se cumplan de manera permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimiento de comercio, o sin ellos". *Mutatis mutandis*, corresponde al contenido del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, disposiciones en las cuales se destacan como presupuestos de la materia imponible, sobre la cual recae el impuesto de industria y comercio, los siguientes:

1o. Sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios.

2o. Que se ejerzan o realicen en la respectiva jurisdicción del Distrito Capital de Santafé de Bogotá .

3o. que su ejercicio puede ser cumplido en forma **permanente u ocasional** o de manera directa o indirecta (Destaca la Sala).

Los anteriores presupuestos han sido subsumidos por la actividad de la sociedad actora, por cuanto, como ha quedado dicho, ha realizado operaciones comerciales, han sido ejecutadas dentro de la jurisdicción del Distrito Capital Santafé de Bogotá, bien de manera permanente u ocasional; por tanto, ha realizado el "hecho generador" previsto en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, la actora es una sociedad legalmente constituída; y como consecuencia de ello, al realizar el hecho generador, es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, a términos del artículo 3o. del Acuerdo 21 de 1983.

Como lo ha señalado la Sala, en forma reiterada:

> "Los estatutos anteriores y posteriores a la Ley 14 de 1983 entienden en síntesis, por ACTIVIDAD INDUSTRIAL la que comprende la producción, extracción, fabricación, manufactura, ensamblaje, etc., de cualquier clase de materiales o bienes; por ACTIVIDAD COMERCIAL, la destinada al expendio o distribución de bienes o mercancías tanto al por mayor o al por menor y por ACTIVIDAD DE SERVICIOS la que por regla general está destinada a satisfacer necesidades de la comunidad".
>
> "De suerte que para determinar si una persona es sujeto pasivo del impuesto en cuestión, debe examinarse el origen de sus ingresos y sólo si estos provienen del ejercicio de alguna de aquellas actividades podrá configurarse la realización de la materia imponible que causa la obligación tributaria, en cabeza de quien la ejecuta, como sujeto pasivo" (Expediente No. 3412, Actor: THE B.F. GOODRICH C/ D.E. DE BOGOTA, agosto 21 de 1992, Consejero Ponente Dr. JAIME ABELLA ZARATE).

c) Base Gravable: Tanto el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, como el artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983, establecen como base gravable del impuesto de industria y comercio, para efecto de su liquidación, el "promedio mensual de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior, en el ejercicio de la actividad o actividades gravables por las personas naturales o jurídicas o sociedades de hecho".

Por lo visto, para la Sala es claro, que la sociedad actora es sujeto pasivo, realizó el hecho generador y obtuvo ingresos susceptibles de ser gravados por el impuesto aquí discutido, por lo que se procede a realizar el análisis de los conceptos que hacen parte de la liquidación de aforo, así:

En cuanto a dividendos y participaciones, éstos representan las utilidades que recibe el inversionista por las acciones, cuotas, o las partes de interés social que posee bien en sociedades por acciones, responsabilidad limitada, colectivas o en comandita simple; dividendos y participaciones que se relacionan con el acto mismo de la vinculación como accionista o socio, que es mercantil, por lo que la naturaleza

jurídica de aquellas –dividendos y participaciones– serán mercantiles por conexidad, conforme a lo previsto en el artículo 21 del Código de Comercio, el cual establece que los actos relacionados con actividades o empresas de comercio, son de carácter mercantil, interpretación que la doctrina adopta al efectuar la clasificación de los actos de comercio, los califica de mercantiles por conexidad, vale decir, por la estrecha relación con la empresa o el acto de comercio. Lo anterior indica que, el aforo efectuado por la Administración Distrital por estos conceptos, deben mantenerse.

En cuanto a los ingresos por liquidación de sociedades, hay que distinguir lo correspondiente al reembolso de los aportes efectuados por el socio o accionista, y el ingreso que se reciba por el incremento de aquellos, pues éstos, de existir, incrementarán la base gravable, por constituir una utilidad que el aporte ha generado en el conjunto patrimonial del ente societario que se liquida; sin embargo, en el *sub-lite* la liquidación de aforo no precisa si los ingresos percibidos corresponden al primer concepto o al segundo, estos es, aportes reembolsados o al incremento patrimonial de los mismos, por lo que la Sala estima que deben ser excluidos de la liquidación de aforo correspondiente a los años de 1985 y 1986.

En lo que atañe a los ingresos obtenidos por concepto de la venta de inmuebles –según la liquidación de aforo–, e ingresos por venta de activos fijos, según lo afirmado por la actora, la Sala reitera la jurisprudencia, sentada sobre el particular que indica que: "Respecto a las sociedades comerciales, la clasificación de sus activos entre fijos y movibles está determinada por el objeto social pactado" –Sentencia de febrero 10 de 1994, Actor: Compañía de Cementos Argos S.A., febrero 11 de 1994, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, Expediente No. 5128–; lo que en el *sub-lite,* para la Sala, el ingreso obtenido corresponde a la venta de activos fijos, pues, si de acuerdo con el objeto social éste comprende "toda clase de inversiones en bienes raíces", entre los actos de comercio a desarrollar por la sociedad, la finalidad no es la reventa; por lo tanto, su enajenación no se realiza dentro del giro de los negocios, como lo señala el artículo 20 del Decreto 2053 de 1974, al expresar: "Que son activos fijos inmovilizados los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporables que no se enajenen dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente".

En lo referente a la recuperación de deducciones indicado en la liquidación de aforo por el año de 1986, como lo advierte el *a-quo*, se ha gravado doblemente la suma de $739.682.oo, ya que la partida aparece incluída dentro de los ingresos brutos por la venta de inmuebles y, además, se presenta como partida separada, bajo el concepto de recuperación de deducciones, siendo por ello procedente excluir de la liquidación de aforo la suma en cuestión.

En cuanto a la cantidad de $12.120.oo recibidos por intereses, en la liquidación de inversiones en bonos del IFI, concordante con lo ya dicho, este es un ingreso no

correspondiente al reembolso del aporte, sino a frutos del mismo, por lo que hace parte de la base gravable como se hizo en la liquidación de aforo por el año de 1986.

Por las razones antes expuestas, procede la Sala a realizar nueva liquidación por los años 1985 y 1986, así:

AÑO GRAVABLE DE 1985

Actividad	Tarifa	Promedio Mensual	Impuesto Mensual
210	4%	$9.913.231	$ 39.653
Impuesto Anual Industrial y Comercio		$ 475.836	
Impuesto Anual de avisos		$ 71.375	
Sanción de aforo		$ 951.672	

AÑO GRAVABLE DE 1986

Actividad	Tarifa	Promedio Mensual	Impuesto Mensual
210	4%	$15.372.148	$ 61.485
Impuesto Anual Industrial y Comercio		$ 737.868	
Impuesto Anual de avisos		$ 110.680	
Sanción de aforo		$1.475.736	
Parágrafo		$ 188.466	
Anticipo		$ 424.274	

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 del 17 de septiembre de 1992, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

2o. Modifícase la operación administrativa, mediante la cual la Dirección de Impuestos Distritales, del Distrito Capital Santafé de Bogotá, determinó a través de aforo, el impuesto de industria, comercio y avisos, a cargo de la sociedad BESMIT LIMITADA, NIT. No. 60.024.714, por los años gravables de 1983, 1984, 1985 y 1986, en la parte relacionada con el impuesto a cargo por los años de 1985 y 1986, en los cuales los impuestos a cargo quedarán así, conforme a la liquidación que aparece en la parte considerativa de este proveído:

AÑO 1985:

Impuesto Anual de Industria y Comercio	$ 475.836
Impuesto Anual de Avisos	$ 71.375
Sanción de Aforo	$ 951.672
TOTAL	$1.498.883

AÑO 1986:

Impuesto anual de Industria y Comercio	$ 737.868
Impuesto Anual de Avisos	$ 110.680
Sanción de Aforo	$1.475.736
Parágrafo	$ 188.466
Anticipo	$ 424.274
TOTAL	$2.937.024

3o. Confírmase las liquidaciones de aforo, correspondientes a los años gravables de 1983 y 1984, practicadas por la Dirección de Impuestos Distritales a cargo de la sociedad BESMIT LTDA., NIT. No. 60.024.714.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/**DECRETO LEGISLATIVO/SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia/**ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL**-Naturaleza

La suspensión provisional procede respecto de todos los actos administrativos cuyo juzgamiento corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa; sin embargo, en relación con el acto demandado cuya suspensión se observa que no es procedente la aplicación de dicha medida preventiva, por cuanto no es un acto administrativo. Lo anterior indica que el decreto demandado no es un acto administrativo, sino que se trata de un decreto único, cuyo contenido es de carácter legislativo, el cual no puede ser modificado por el Gobierno, toda vez que se trata de un decreto con fuerza de ley, que sólo pudo ser dictado por una sola vez y la autoridad administrativa no tiene competencia para modificarlo o derogarlo. No es entonces un acto administrativo y, por lo tanto no es susceptible de ser suspendido provisionalmente por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5226. Nulidad y Suspensión Provisional. Actor: Lucy Cruz de Quiñones. Auto.

Luego de haberse dirimido, con la intervención del señor Conjuez, el empate presentado en la Sala sobre la ponencia presentada por el Doctor Delio Gómez Leyva, procede la Sala a resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional presentada por la Doctora LUCY CRUZ DE QUIÑONES, en ejercicio de la acción pública de nulidad, del numeral 2 del artículo 154 del Decreto 1421 de julio de 1993.

El acto demandado forma parte del Decreto 1421, proferido por el Presidente de la República en ejercicio de la especial facultad otorgada por el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional de 1991, según el cual:

> "Artículo transitorio 41.- Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez, expedirá las normas correspondientes".

A juicio de la Sala, la demanda deberá admitirse, ya que reúne los requisitos exigidos para tal efecto de conformidad con lo previsto por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y porque la Corporación es competente para conocer de la acción ejercida, toda vez que se está impugnando un decreto dictado por el Gobierno Nacional, en ejercicio de una precisa y clara facultad otorgada por la Constitución Nacional, cuyo juzgamiento no corresponde a la Corte Constitucional y, por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 237 ordinal 2o., su juzgamiento corresponde al Consejo de Estado.

Como las accionantes solicitan que se decrete la suspensión provisional del acto demandado, la Sección procede a analizar dicha solicitud.

La figura de la suspensión provisional de los actos administrativos tiene, desde la Constitución de 1886 rango constitucional: la establecía el artículo 192 de la anterior Constitución, y según el artículo 238 de la Constitución Nacional de 1991, la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene como atribución propia la de "... suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de **los actos administrativos** que sean susceptibles de la impugnación por vía judicial".

Por otra parte, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra desarrollada por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984 y 2304 de 1989), con el criterio de procedencia respecto de **todos** los actos administrativos, razón por la cual suprimió las excepciones que a dicha suspensión existían consagradas expresamente en la legislación anterior.

Es claro para la Sala, entonces, que la suspensión provisional procede respecto de todos los actos **administrativos** cuyo juzgamiento corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Sin embargo, en relación con el acto demandado cuya suspensión se solicita se observa que no es procedente la aplicación de dicha medida preventiva, por cuanto no es un acto administrativo.

En efecto, el Decreto 1421 de 1993, fue expedido con fundamento en el artículo 41 transitorio de la Constitución de 1991, el cual, partiendo de la condición de que durante los dos años siguientes a la promulgación de la Constitución de 1991 el Congreso no hubiere dictado la ley sobre el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, facultó al Gobierno para que por una sola vez expidiera las normas correspondientes.

Lo anterior indica que el decreto demandado no es un acto administrativo, sino que se trata de un decreto **único,** cuyo contenido es de **carácter legislativo,** el cual no puede ser modificado por el Gobierno, toda vez que se trata de un decreto **con fuerza de ley** que sólo pudo ser dictado por una vez y la autoridad administrativa no tiene competencia para modificarlo o derogarlo. No es entonces un acto administrativo y por lo tanto no es susceptible de ser suspendido provisionalmente por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Tratándose de un acto de carácter legislativo y con fuerza de ley, resalta la Sala que nuestro ordenamiento constitucional no ha previsto el mecanismo de suspensión provisional de las leyes cuando están siendo juzgadas por la Corte Constitucional y no sería lógico que pudiera ser suspendido un acto que materialmente es una verdadera ley, por el solo hecho de que, en razón del reparto de competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, su conocimiento corresponda a esta última Corporación.

Por otra parte, la figura de la suspensión provisional no es un asunto de simple procedimiento, toda vez que constituye un mecanismo de protección jurídica de los administrados y garantiza la existencia misma del Estado de Derecho y por lo tanto, no puede afirmarse que sea aplicable en todos los procedimientos que se surtan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en razón del procedimiento ordinario que en ésta se surte.

Por todo lo anterior, no se decreta la suspensión provisional solicitada en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE:

1. Admítese la demanda de nulidad del numeral 2 del artículo 154 del Decreto 1421 de julio 21 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional.

2. Notifíquese personalmente al Procurador Delegado ante el Consejo de Estado.

3. Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público, y al señor Director del Departamento Nacional de Planeación o a sus delegados para recibir notificaciones. Igualmente notifíquese al señor Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, por ser el Distrito Capital, según el acto acusado, entidad que tiene interés directo en el resultado del proceso.

4. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5. Solicítese a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, los antecedentes (estudios, proyectos, etc.) del Decreto 1421 de 1993 (julio 21), en lo relativo al Título XI sobre Régimen Fiscal del Distrito Capital (artículos 153 a 162). Término ocho (8) días.

6. No se accede a decretar la suspensión provisional del acto demandado.

7. Vuelva al despacho del Doctor Delio Gómez Leyva para que continúe con la tramitación del proceso.

Se tiene a la doctora LUCY CRUZ DE QUIÑONES como parte demandante.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección (salvó el Voto); *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva* (salvó el Voto), *Consuelo Sarria Olcos, Bernardo Ortiz Amaya,* Conjuez.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL-Aplicación/**ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL**/(Salvamento de Voto)

La opinión plasmada en el auto del que me aparto basa su criterio en que el Estatuto del Distrito Capital no corresponde a un "típico acto administrativo", sino que se trata de "un acto único con fuerza de ley y contenido legislativo". Me parece que entrar por vía jurisprudencial a establecer excepciones por virtud de la naturaleza de los actos que son objeto de juzgamiento por parte del Consejo de Estado para determinar sobre cuáles se puede decretar la medida de suspensión provisional, y en relación con cuáles, dicha medida no es posible, a más de ser contrario a la ley procedimental puede generar no pocas dificultades para el manejo de la institución de la suspensión provisional por la subjetividad de que la reviste.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Salvamento de Voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Referencia: Expediente No. 5226. Actor: Lucy Cruz de Quiñones C/La Nación.

Como en un caso similar en el expediente 5021, actor: Hernando Pinzón Avila, expuse mis motivos de inconformidad con la opinión mayoritaria me permito transcribir lo dicho en esa ocasión:

"Procedo, con el debido acatamiento a la opinión mayoritaria de la Sala, a exponer las razones que me han llevado a disentir de la decisión adoptada por mediante el auto del 29 de noviembre del año en curso, por el cual se dispuso no acceder a decretar la suspensión provisional solicitada, pero no porque se hubiera entrado a analizar sobre si existía una violación manifiesta de normas superiores, sino porque la norma objeto de la solicitud de suspensión fue considerada como no susceptible de que sobre ella recaiga dicha medida de suspensión provisional".

"La opinión plasmada en el auto del que me aparto basa su criterio en que el Estatuto del Distrito Capital no corresponde a un "típico (?) acto administrativo" sino que se trata de "un acto único con fuerza de ley y contenido legislativo".

"Me parece que entró por vía jurisprudencial a establecer excepciones por virtud de la naturaleza de los actos que son objeto de juzgamiento por parte del Consejo de Estado para determinar sobre cuáles se puede decretar la medida de suspensión provisional y en relación con cuáles dicha medida no es posible, a más de ser contrario a la ley procedimental, puede generar no pocas dificultades para el manejo de la institución de la suspensión provisional por la subjetividad de que la reviste".

"En efecto, es bueno recordar que a partir de la reforma del Código Contencioso Administrativo efectuada en 1984, se adoptó el criterio legislativo de que todos los actos objeto de juzgamiento por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos eran susceptibles de suspensión provisional, habida cuenta de que las excepciones que consagraba la antigua ley procesal administrativa fueron derogadas y en cambio se dijo en el Decreto 01 de 1984 (versión original) que solamente no habría lugar a suspensión provisional "cuando la ley expresamente lo disponga"(artículo 157) y que uno de los requisitos de procedibilidad de la suspensión provisional era que ella "no esté prohibida por la ley" (artículo 152 inciso 5o.). En la reforma de 1989, el criterio de que todos los actos objeto de juzgamiento por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos son susceptibles de la medida precautelativa se reafirma y consolida en cuanto desaparecen las alusiones a las posibles excepciones que establezca el legislador, sin que esto quiera significar, obviamente, que el legislador no puede establecerlas".

"En aplicación de esta interpretación el Consejo de Estado, tanto en su Sala Plena como en sus diferentes Secciones, ha proferido incontables providencias en donde se plasma la posibilidad de suspender provisionalmente los actos para cuyo juzgamiento es competente, sin entrar en consideraciones relativas a la naturaleza misma del acto y sobre todo, en el análisis de si se trata de "un acto administrativo típico" o de una norma atípica que puede contener características de tipo legislativo. Son incontables los casos en los cuales el Consejo de

Estado ha decretado suspensión provisional de actos que no tienen por su naturaleza el carácter de actos administrativos típicos (?), sino que más bien participan de una u otra manera de cierta naturaleza legislativa, tal como acontecía con los decretos expedidos para desarrollar el antiguo numeral 14 del artículo 120 de la Constitución de 1886 y como sigue sucediendo con los decretos que desarrollan las leyes marco, para no citar casos de más reciente ocurrencia como los que dicen relación con los decretos que el Presidente expidió hace poco tiempo para, en cumplimiento de delegaciones precisas que le había hecho el constituyente, realizar la modernización del Estado, los cuales decretos, que aunque indudablemente no parecen ser "actos administrativos típicos" (?), fueron objeto de conocimiento por parte del Consejo de Estado y sobre muchos de ellos se decretó la medida provisional de suspensión provisional".

"Finalmente debo decir que me parece inconveniente admitir la posibilidad de que dentro de la gran variedad de actos y de normas que son objeto de juzgamiento por parte del Consejo de Estado, éste pudiera decidir cuáles son posibles de suspensión provisional y cuáles no, sobre todo atendiendo al deleznable e impreciso criterio que aparece consignado en el auto que glosó de que solamente los actos administrativos típicos (?) pueden ser suspendidos por esta jurisdicción. Me preocupa que por esta vía podamos llegar a decir, de pronto, que los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, en cuanto que no son actos administrativos típicos (?), sino por su generalidad más asimilables a la ley, pudieran ser excluídos de esta atribución de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Con todo respeto,

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: ut supra.

SUSPENSION PROVISIONAL/DECRETO CON FUERZA DE LEY/ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL/(Salvamento de Voto)

El auto de cuyo contenido me aparto, parte de la base que, el Decreto 1421 de junio de 1993, por medio del cual se expidió el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, no es un acto administrativo sino que se trata de un "acto único con fuerza de ley y contenido legislativo". Cabe observar que en este aspecto las normas transitorias de la Carta son bien claras, pues, cuando quiso asignarles el alcance de la ley. Igual previsión se consagró en los artículos 51 y 55, el primero relativo a la Junta Directiva del Banco de la República y el segundo a las comunidades negras. La asignación de la categoría de ley no la adopta el artículo 41. Luego donde el constituyente quiso elevar a categoría de ley en sentido material los pronunciamientos de la Administración, así lo hizo; por lo cual debe entenderse que donde tal calificativo no hizo, estamos frente a actos administrativos sujetos a suspensión si transgreden el ordenamiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994). *S*alvamento de Voto del Doctor Delio Gómez Leyva.

Referencia: Expediente No. 5226. Actor: Lucy Cruz de Quiñones.

Con el debido respecto por la decisión mayoritaria, expongo las razones en las cuales sustento mi inconformidad:

El auto de cuyo contenido me aparto, parte de la base que el Decreto 1421 de junio 21 de 1993, por medio del cual se expidió el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, no es un acto administrativo sino que se trata de un "acto único con fuerza de ley y contenido legislativo.

En efecto, cabe observar que en este aspecto las normas transitorias de la Carta son bien claras, pues, cuando quiso asignarles el alcance de ley, así lo hizo, como cuando en el artículo 10, expresó:

> "Artículo transitorio 10. **Los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional**". (Destacado fuera del texto).

Igual previsión se consagró en los artículos 51 y 55, el primero relativo a la Junta Directiva del Banco de la República, y el segundo a las comunidades negras, al señalar en los dos incisos finales del primero, y parágrafo 2, del segundo, lo siguiente:

> "Artículo Transitorio 51.....
>
> **"El Gobierno presentará al Congreso, el mes siguiente de su instalación, el proyecto de ley relativo al ejercicio de las fundaciones del Banco y a las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá sus estatutos de conformidad con el artículo 372 de la Constitución".**
>
> **"Si cumplido un año de la presentación de este proyecto no se ha expedido la ley correspondiente, el Presidente de la República lo pondrá en vigencia mediante decreto con fuerza de ley".** (Destacado fuera del texto).
>
> "Artículo transitorio 55.....
>
> "Parágrafo 2. **Si el vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley".** (Destacado fuera del texto).

La asignación de la categoría de ley no la adopta el artículo 41, al señalar:

> "Artículo transitorio 41. **Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes".** (Destacado fuera del texto).

Luego, donde el constituyente quiso elevar a categoría de ley en sentido material los pronunciamientos de la Administración, así lo hizo; por lo cual debe entenderse que donde tal calificativo no hizo, estamos frente a actos administrativos sujetos a suspensión si transgreden de manera manifiesta el ordenamiento jurídico.

Respetuosamente,

Delio Gómez Leyva.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA-Improcedencia/**SENTENCIA CONDENATORIA/SENTENCIA DECLARATIVA/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En la jurisdicción Contencioso Administrativa, el grado de consulta tiene como presupuesto no el fallo adverso a la entidad, sino la imposición de una obligación a su cargo, que la jurisdicción ha equiparado a las sentencias de condena. Como en el juicio contencioso de impuesto correspondiente a la acción del artículo 85 *ibídem*, cuando la pretensión se limita a la nulidad de los actos de liquidación de impuestos o a la modificación de la obligación a cargo de la entidad pública, puesto que la sentencia es de carácter simplemente declarativo, no se configura el presupuesto legal para que se someta a la sentencia a consulta. La determinación del monto del impuesto por el juez de lo contencioso administrativo no implica condena en la parte que disminuye el gravamen, simplemente declara que la cuantía que legalmente le corresponde pagar al contribuyente.

Consejo de Estado-. Sala de lo Contencioso Administrativo -. Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C, marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente*: Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5197. Actor: Simex Nicocia Ltda. y Cía. S. en C. Impuesto (Industria y Comercio). Envigado.

Tiene establecido el procedimiento civil el grado de consulta para las sentencias de primera instancia que sean adversas a las entidades públicas y que no sean apeladas (artículo 386 C.P.C.).

Pero en la jurisdicción contencioso administrativa, el grado de consulta tiene como presupuesto no el fallo adverso a la entidad, sino la imposición de una obligación a su cargo, que la jurisprudencia ha equiparado a las sentencias de condena.

En efecto, el artículo 184 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984), dispone:

> "Artículo 184. Consulta. Las sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la Administración.
>
> La consulta se tramitará y decidirá previo un término común de cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito".

Como en el juicio contencioso de impuestos correspondiente a la acción del artículo 85 *ibídem*, cuando la pretensión se limita a la nulidad de los actos de liquidación de impuestos o a la modificación de la obligación fiscal, en principio no se decreta ninguna obligación a cargo de la entidad pública, puesto que la sentencia es de carácter simplemente declarativo, no se configura el presupuesto legal para que se someta la sentencia a consulta.

La determinación del monto del impuesto por el juez de lo contencioso administrativo no implica condena en la parte que disminuya el gravamen, simplemente declara que la cuantía que legalmente le corresponde pagar al contribuyente.

Esta tesis que adoptó la Sección desde el 4 de febrero de 1985 (Expediente No. 10269, Actor: Cervecería Andina S.A. Magistrado Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn) y fue reiterada posteriormente (Expediente No. 1924 de febrero 19 de 1988), se había aplicado sólo en materia de Impuesto sobre la Renta, pero se observa que existen las mismas razones para que se extienda al Impuesto de Industria y Comercio que también es un gravamen directo.

Excepcionalmente puede darse la consulta cuando el fallo no se limita a fijar el *quantum* del gravamen sino que además impone obligaciones como la de devolver sobrantes pagados.

EL CASO CONSULTADO

Como en el expediente No. 26.062 el fallo del Tribunal de Antioquia del 27 de agosto de 1993 se limitó a anular los actos liquidatorios y a aclarar el monto del

gravamen de Industria y Comercio, sin imponer ninguna obligación o condena al Municipio demandado, es del caso declarar que por no ser procedente la consulta el fallo de primera está en firme.

En mérito a lo expuesto la Sala Unitaria,

RESUELVE:

1. Revócase el auto de noviembre 29 de 1993 que había ordenado correr traslado a las partes.

2. Devuélvase al Tribunal de origen el expediente por no ser procedente el grado de consulta y en consecuencia, declárase en firme el fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 27 de agosto de 1993 en el Juicio No. 26.062 Actor: SIMEX NICOCIA LTDA. Y CIA. S. EN C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Jaime Abella Zárate.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO-Naturaleza Jurídica/EXENCION DE IMPUESTOS

Mediante la Ley 57 de 1931 y el Decreto 1988 del mismo año, se creó la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero como una sociedad de Economía Mixta del orden nacional sometida al régimen legal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. La ley en su artículo 35 consagró beneficios tributarios a favor de la entidad; es así como de la lectura de tal artículo se observa que evidentemente la Ley 57 de 1931 otorgó a favor de la Caja de Crédito Agrario una exención de impuestos de todos los órdenes, vale decir, nacionales, departamentales y municipales.

IMPUESTO PREDIAL/ENTIDAD PUBLICA/EXENCION

El artículo 2o de la Ley 29 de 1963 derogó las disposiciones de carácter nacional que hubieren decretado exención de impuesto predial y complementarios para las personas privadas. *Contrario sensu*, las personas de derecho público continuaban con el régimen preestablecido y dentro de éste ha de incluírse la exención de impuesto predial concedida a la demandante por la Ley 57 de 1931. Debe entenderse entonces, que como consecuencia de la expedición de la Ley 55 de 1985 el legislador confirió una "facultad" a los municipios para gravar con el impuesto predial a las entidades oficiales que allí indica, con lo cual implícitamente estaba derogando las exenciones concedidas

por la ley, dejando a los municipios en posibilidad de conservarlas o suprimirlas según sus conveniencias.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/IMPUESTO PREDIAL-Armenia

Por ser una facultad de los municipios para gravar, con el impuesto predial, ésta no opera en forma automática, sino que requiere de un acto administrativo municipal, que no puede ser otro que un Acuerdo. El Código de Rentas de Armenia sujeta de manera general al impuesto predial los bienes inmuebles ubicados en la jurisdicción del municipio, conforme a la atribución dada por la ley, especialmente el artículo 61 de la Ley 55 de 1985 en la forma como fue compilado por el Decreto 1333 de 1986 en su artículo 4o., al cobijar con impuesto a todos los inmuebles, incluye a los de las entidades públicas sin necesidad de mencionarlas expresamente, como hubiera sido lo deseable, *status* jurídico de sujeto pasivo que se confirman en las no sujeciones, puesto que no se menciona a estas entidades.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente*: Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5057. Actor: Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero C/Municipio de Armenia. Impuesto Predial. FALLO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, contra la sentencia del 29 de julio de 1993, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Quindío denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos que liquidaron el impuesto predial y complementarios sobre los inmuebles de propiedad de la demandante, ubicados en la Carrera 19 No. 11-07 y en la Carrera 17 No. 18-20 del Municipio de Armenia (Quindío), por los períodos de 1987 a 1992.

ANTECEDENTES

Mediante las resoluciones 004 del 25 de febrero de 1992 y 027 de marzo 12 de 1992 el Director de Rentas del Municipio de Armenia liquidó el impuesto predial y complementarios a cargo de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por las sumas de $ 42'965.467 y $ 682.628 respectivamente, en su condición de propietaria de 85 predios en el edificio de la Caja Agraria ubicado en la Carrera 17 No. 18-20 y del inmueble de la Carrera 19 No. 11-07 del Municipio de Armenia. Contra dichos actos, la actora interpuso recursos de reposición y apelación subsidiaria, que fueron re-

sueltos negativamente mediante resoluciones 023 de marzo 6 de 1992 y 042 del 1o. de abril de 1992 del Director de Rentas del Municipio de Armenia y resoluciones 041 del 26 de marzo de 1992 y 072 del 22 de julio de 1992 proferidas por la Junta de Impuestos de la Secretaría Municipal de Armenia, que confirmaron las liquidaciones recurridas y agotaron la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Inconforme con tales liquidaciones la Caja acudió ante el Tribunal Administrativo del Quindío en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del C.C.A. contra los mencionados actos administrativos y solicitó la declaración de que la demandante no está obligada a pagar dicho impuesto, así como la devolución de las sumas consignadas en calidad de depósito, incrementadas con los intereses comerciales liquidados desde los días 31 de julio y 9 de septiembre de 1992, fechas de las consignaciones, y hasta cuando se efectúe la devolución.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló la demandante que la Administración Municipal violó los artículos 287, 294, 338 y 363 de la Constitución Política; 35 de la Ley 57 de 1931, 61 de la Ley 55 de 1985 y 93 y 194 del Decreto 1333 de 1986, por las siguientes razones:

1. Desde su creación por la Ley 57 de 1931, la Caja de Crédito Agrario goza de exención de impuestos nacionales, departamentales, municipales y de toda clase de contribuciones, tal como lo dispuso el artículo 35 de ley.

2. Señaló que el artículo 61 de la Ley 55 de 1985 reproducido por el artículo 194 del Decreto 1333 de 1986, estableció que los bienes inmuebles de propiedad de los Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta del Orden Nacional podrían ser gravados con impuesto predial a favor de los respectivos municipios, lo que se tradujo en que la exención prevista en la Ley 57 de 1931 a favor de la entidad, subsistía hasta tanto los municipios se pronunciaran sobre el particular, imponiendo el respectivo gravamen.

3. Indicó, que con fundamento en el Acuerdo 003 de 1988 que dio origen al Decreto 389 de 1988, por el cual se expidió el Código de Rentas del Municipio de Armenia, la Dirección de Rentas Municipales profirió las resoluciones liquidatorias del impuesto predial a cargo de la demandante, sin que existiera acuerdo previo que contemplara a la Caja de Crédito Agrario como sujeto pasivo del gravamen. Que solamente el Concejo Municipal tenía la facultad de gravar los inmuebles de propiedad de la entidad, y que los actos que la gravaron fueron expedidos por un ente no competente para el efecto, como lo era la Dirección de Rentas Municipales.

4. Argumentó que como consecuencia de lo anterior, se violaron los artículos 338 que atribuye esta facultad exclusivamente al Concejo, y 363 de la Constitución, por cuanto el período de cobro de las resoluciones 004 y 0027 de 1992, se hace retroactivo a marzo de 1987 y abril de 1989, correspondiendo a un período anterior al otorgamiento de las facultades legales para dictar el Código de Rentas, desconociendo que la vigencia de las leyes tributarias es hacia el futuro.

5. De otro lado, manifestó que el artículo 338 no autorizó a los Concejos para delegar la función de señalar directamente los sujetos, los hechos y las bases gravables de los impuestos, de tal modo que el Concejo de Armenia otorgó unas facultades al Alcalde para reformar un Código; pero la obligatoriedad para las entidades del orden nacional de pagar el impuesto predial a favor del Municipio de Armenia no se impuso en el Acuerdo citado y solamente a esta Corporación le correspondía hacerlo. En consecuencia, para la demandante no existe acto administrativo idóneo que le obligue a pagar impuesto predial a favor del Municipio de Armenia.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado del Municipio de Armenia se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que si bien es cierto la Ley 57 de 1931 señaló exenciones de impuestos nacionales, departamentales y municipales para la Caja Agraria, también es, que en forma posterior emergieron leyes y decretos con fuerza de ley, incluso la Constitución Nacional, que derogaron no sólo tácita sino expresamente la disposición que consagraba la exención.

Que así, la Ley 14 de 1983 estableció nuevas normas sobre impuesto predial sin distingo de que sus propietarios fueran personas naturales o jurídicas; que a las exenciones se refirió en el artículo 18 literal b), estableciendo que los Municipios podían otorgarlas únicamente sobre el impuesto predial y sobretasas causadas hasta el 31 de diciembre de 1983 por construcciones o mejoras no declaradas ante el Catastro y que en su artículo 90 derogó todas las disposiciones que le fueron contrarias, para concluir que desde allí se derogó la norma invocada por la demandante. Indicó que por si existieren dudas, vino la Ley 55 de 1985, en su artículo 61 a establecer claramente que las Sociedades de Economía Mixta como la actora, podían ser gravadas con impuesto predial a favor del Municipio.

Indicó, que los entes territoriales poseen normatividades codificadas tales como el Código Fiscal, Código de Policía y Código de Rentas Municipales, regulando en este último todo lo relacionado con las rentas, entre ellas el producto de los impuestos. Agregó que para el año de 1984, el Alcalde en virtud de facultades, expidió el Decreto 029, Código de Rentas y estableció en el artículo 1o. que "el impuesto predial

y complementarios recaerá en cuanto a materia imponible sobre los bienes ubicados en jurisdicción del Municipio de Armenia", es decir, el mismo señaló claramente sobre qué recaía el impuesto.

Manifestó que en forma expresa el artículo 9o. del Código, reguló las no sujeciones, comprendiendo entre ellas los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, lo que indicaba que la Caja de Crédito Agrario no estaba obligada a pagar el impuesto predial.

Situación que cambió a partir de la expedición del Decreto 1333 de 1986, que reprodujo en su artículo 194 el texto de la citada Ley 55 de 1985, en su artículo 61, y que por ello surgió la necesidad de adecuar a las nuevas disposiciones el Código vigente. Para ello, el Concejo Municipal mediante Acuerdo 003 de 1988, facultó al Alcalde para introducir las reformas al Código de Rentas, cuyo resultado fue el Decreto 389 del 11 de noviembre de 1988, que en lo relacionado con las entidades no sujetas al impuesto predial, fue regulado íntegramente, desapareciendo el artículo 9o. del Decreto 029 de 1984, para dar paso al Capítulo V denominado "Inmuebles Exentos", artículo 20, numeral 3o., en el que no contempló exoneraciones para las entidades de derecho público del orden nacional, únicamente para las departamentales y municipales que no generen rentas.

Arguyó que la facultad otorgada por el Concejo Municipal al Alcalde, estaba atribuída desde el artículo 197-7 de la Constitución de 1886 y fue ratificada en la actual; que la misma fue conferida para reformar el Código de Rentas al cual pertenece el impuesto predial; que las facultades fueron precisas y *pro-témpore*, y se ejercieron dentro del marco Constitucional.

Para la demanda fue claro que los decretos municipales se acogieron en un todo a la previsión contenida en el artículo 61 de la Ley 55 de 1985,

> "...pues si bien lo señalaron como lo desea la entidad demandante que se dijera 'gravarse los bienes inmuebles de propiedad de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden nacional' sí se dijo 'El impuesto de predial y complementarios recaerá en cuanto materia imponible, sobre los bienes inmuebles ubicados en jurisdicción del Municipio de Armenia' y, son INMUEBLES EXENTOS a)..., b)..., c)..., y d)... sin contemplar la Caja de Crédito Agrario o cualquier otra entidad de derecho público del orden nacional".

Terminó su escrito de contestación, manifestando que si en verdad la demandante consideraba que no estaba obligada a pagar el impuesto, debió demandar la nulidad de los Acuerdos y Decretos y no las resoluciones, puesto que éstas se dictaron con fundamento en tales disposiciones que están vigentes, por el principio de que "las segundas nacen de las primeras y sin las primeras no pueden existir las segundas".

Aportó como pruebas los Decretos 029 de 1984 y 389 de 1988, Códigos de Rentas, así como el Acuerdo 09 de 1992, por el cual se unificó el impuesto predial en el municipio de Armenia.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Quindío mediante sentencia de julio 29 de 1993, denegó las súplicas de la demanda. En primer lugar, realizó un recuento normativo en materia del impuesto predial, destacó cómo el Decreto 2185 de 1951 fue la disposición que municipalizó el tributo, carácter que se reafirmó en el Decreto 1333 de 1986, artículos 172, 173 y 186 y se conservó con la expedición de la Ley 44 de 1990 que reorganizó el impuesto con el nombre de "Impuesto Predial Unificado". Señaló que la Carta de 1991, ratificó perentoriamente su naturaleza en el artículo 317, de donde dedujo que corresponde a los municipios establecer su cuantía y forma de pago, así como las exenciones que estimare convenientes.

Precisó el Tribunal *a-quo* que, como lo ha señalado esta Corporación, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta no están exentas del pago de impuestos. Que sin embargo, leyes especiales las pueden exonerar de un determinado gravamen, como era el caso de la Ley 57 de 1931, en relación con la demandante. Consideró que tal beneficio desapareció por virtud la Ley 29 de 1963 que derogó todas las exenciones de esta clase y dispuso que tales decisiones correspondían a los municipios. Señaló igualmente, que la situación fue ratificada en la Carta de 1991 en el artículo 294, que estableció que la ley no podrá otorgar exenciones ni tratamientos preferenciales sobre tributos de propiedad de las entidades territoriales, por lo que concluyó en este aspecto que la Ley 29 de 1963 está acorde con la Constitución de 1991 y conserva toda su vigencia.

Por ello, dijo el tribunal,

> "...para verificar si una Empresa Industrial y Comercial del Estado o una Sociedad de Economía Mixta, como lo es la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO se encuentra exenta del pago del impuesto predial, tasas de contribución y demás impuestos a inmuebles a favor de los municipios es necesario remitirse a las disposiciones locales de los municipios, en donde se hallen ubicados inmuebles de propiedad de dicha Empresa Industrial y Comercial o Sociedad de Economía Mixta".

Agregó el Tribunal, que no se violaron los artículos 61 de la Ley 55 de 1985 en concordancia con el 194 del Decreto 1333 de 1986, puesto que éstos antes de prohibir permiten a los municipios gravar con el impuesto predial a las sociedades de la naturaleza de la actora.

Analizó que tampoco era cierto que el impuesto predial en el municipio de Armenia hubiere sido creado por el Alcalde o por el Director de Rentas, pues el Ejecutivo local hizo uso de las facultades *pro-témpore* para reformar el Código de Rentas del Municipio, adecuando la liquidación, administración, percepción y cobro de las rentas municipales a las normas legales vigentes con la época, principalmente la Ley 14 de 1983 y el Decreto 1333 de 1986, modificación que en ningún momento invadió la órbita del Concejo. Concluyó que tampoco el Director de Rentas del Municipio estaba creando tal impuesto, pues lo que había hecho la Dirección mediante los actos administrativos acusados, era fijar el monto a pagar por la actora por concepto de impuesto predial.

En relación con la violación del artículo 116 del Código del Régimen Municipal en cuanto a la posible omisión de la publicación del Acuerdo creador del impuesto predial, señaló que en el caso de que así fuera –pues ni la demandante ni el municipio aportaron tales normas como lo ordena el artículo 141 del C.C.A.– el acto administrativo sólo sería oponible, mas no generaría su nulidad.

Fundado en los anteriores planteamientos, desestimó el Tribunal *a-quo* las pretensiones de la demanda puesto que la actora no allegó a los autos el correspondiente Acuerdo Municipal que la exonerara del pago, ni probó que no estuviera obligada a efectuarlo.

LA APELACION

Al apelar, la apoderada de la actora, se muestra en desacuerdo con la decisión adoptada por el *a-quo*, fundada en que si no allegó la prueba que exonerara a la demandante de pagar el impuesto predial a favor del Municipio de Armenia, y no porque es una prueba inexistente dado que el municipio no se ha pronunciado positiva ni negativamente sobre la facultad que le otorgó el artículo 61 de la Ley 55 de 1985, situación que es uno de los puntos que sustenta la demanda.

Argumenta que el Tribunal consideró erróneamente que el impuesto predial había sido establecido en el municipio desde tiempo atrás a la expedición del Código de Rentas, Decreto 389 de 1988; que como éste lo que hizo fue reunir en un solo cuerpo todas las normas municipales relacionadas con la tasación y liquidación de los impuestos del ente territorial, el *a-quo* presumió que existía desde antes el referido impuesto predial, haciendo caso omiso de las pretensiones de la demanda que se fundan en la no existencia del tributo en el municipio de Armenia.

Manifiesta también su inconformidad en la apreciación del Tribunal en el sentido de que la Ley 29 de 1963 derogó la exención que le había sido otorgada a su representada a través de la Ley 57 de 1931, pues considera que la disposición se refirió a las personas "privadas" favorecidas con exenciones, por lo cual no podía ser aplicada a la

entidad demandante, dada la naturaleza y creación de la misma. Agrega, que la modificación legislativa contenida en la Ley 55 de 1985, sólo es operante si media Acuerdo Municipal que lo regule; de lo contrario la actora continúa favorecida con la exención que le otorgó la Ley 57 de 1931, en materia del impuesto predial.

De otra parte, señala que el Tribunal omitió manifestarse sobre el cargo de aplicación retroactiva de la ley fiscal, puesto que la disposición sobre la que soporta su cobro el municipio es el Acuerdo 003 de 1988 y el Decreto 389 de 1988, y sin embargo liquida el impuesto a partir del año 1987, es decir, con un año de anterioridad a su expedición, con lo cual se viola el artículo 363 de la Constitución.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Presentó escrito la apoderada de la actora, en el cual reitera que las resoluciones proferidas por el Director de Impuestos de Armenia fueron expedidas por funcionario incompetente, puesto que la facultad impositiva radica en el respectivo Concejo Municipal, quien es el que puede gravar con el impuesto predial a las entidades como la Caja de Crédito Agrario y el ente territorial no ha expedido el respectivo Acuerdo que así lo declare; de donde concluye, que los actos liquidatorios no vinculan a la demandante por cuanto los mismos no están soportados en actos administrativos idóneos, esto es, Acuerdos Municipales.

MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Sexta Delegada ante lo Contencioso Administrativo, conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse pues una vez derogado el artículo 35 de la Ley 57 de 1931 por la Ley 29 de 1963, los bienes inmuebles de la Caja de Crédito Agrario quedaron en igualdad de condiciones que el resto de bienes ubicados en las jurisdicciones municipales, es decir sujetos a las disposiciones que sobre el particular hubieren expedido los municipios, para los bienes inmuebles del común de los ciudadanos.

Que por tanto, no era necesario que los mismos expidieran nuevas disposiciones tendientes a gravar los bienes inmuebles de las entidades a que se refiere el artículo 194 del Decreto 1333 de 1986, puesto que los mismos están cobijados por las disposiciones que al nivel municipal impongan el tributo en general.

Que tal posición se ratifica con el artículo 294 de la Constitución que prevé que las exenciones deben ser concedidas a través de Acuerdos. Concluye diciendo que:

> "En otros términos, la regla general es que todos los bienes inmuebles ubicados dentro de los límites territoriales de los diferentes municipios, están sujetos del pago del impuesto predial y que tan sólo habrá lugar al no cobro del mismo,

siempre y cuando el propietario de determinado inmueble acredite plenamente estar exento del pago correspondiente.

En caso *sub-júdice,* no aparece prueba alguna dentro del expediente, que permita a la Procuraduría concluir que la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO goza de gracia alguna".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La inconformidad de la apelante con la sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío fechada el 29 de julio de 1993, desestimatoria de las pretensiones de la demanda, se puede resumir en tres aspectos centrales que son: la imposibilidad de la actora para cumplir la exigencia del tribunal *a-quo* de probar mediante acto administrativo idóneo, Acuerdo Municipal, el carácter de exenta del pago de impuesto predial de la Caja de Crédito Agrario, dado que el Municipio de Armenia no se ha pronunciado sobre la facultad conferida a los municipios por el artículo 61 de la Ley 55 de 1985.

En segundo lugar, la actora considera errónea la apreciación del Tribunal en el sentido de que la exención otorgada a la entidad demandante por la Ley 57 de 1931, artículo 35, desapareció tácticamente del ordenamiento positivo, desde la expedición de la Ley 29 de 1963, puesto que ésta derogó solamente las exenciones conferidas a las personas privadas dejando a salvo las previsiones contempladas en otras leyes respecto de las personas de derecho público, como lo es la demandante.

Finalmente, se refiere la apelante a la omisión de la sentencia de pronunciarse en relación con el cargo planteado de la aplicación retroactiva de la ley tributaria, pues el municipio demandado pretende liquidar impuesto predial a la actora desde el año de 1987, fundado en disposiciones expedidas en el año de 1988, ésto es con posterioridad.

Para resolver, la Sala estima pertinente dilucidar en primer lugar si la actora está obligada por vía general a pagar impuesto predial sobre sus bienes inmuebles. Para el efecto, es necesario remitirse al texto legal que consagró el beneficio alegado por la demandante, para precisar su vigencia, pues tal aspecto es determinante en la solución del caso.

Mediante la Ley 57 de 1931 y el Decreto 1988 del mismo año, se creó la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero como una Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional sometida al régimen legal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. La ley, en su artículo 35 consagró beneficios tributarios a favor de la entidad en los siguientes términos:

"Tanto la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero como las letras agrarias, acciones, bonos, etc., de la Institución y las operaciones que ésta ejecute,

estarán exentas de impuestos nacionales, departamentales y municipales y de toda clase de contribución. Además gozará la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de todas las ventajas que le da la ley como institución de utilidad pública".

De la lectura de la disposición, observa la Sala que evidentemente la Ley 57 de 1931 otorgó a favor de la Caja de Crédito Agrario una exención de impuestos de todos los órdenes, vale decir, nacionales, departamentales y municipales.

El impuesto predial surgió por virtud de la Ley 48 de 1887, que autorizó a los departamentos para crearlo y recaudarlo, siendo luego objeto de algunas modificaciones mediante las Leyes 20 de 1908, 1a. y 4a. de 1913, 34 de 1920, consolidándose como renta de carácter municipal mediante los Decretos Legislativos 2185 y 4133 de 1951, el cual se ha reafirmado mediante las Leyes 14 de 1983, compilada en el Decreto 1333 de 1986 y últimamente en la Ley 44 de 1990.

Establecido el carácter del municipal del impuesto predial, la Sala entra a analizar qué efectos tuvo la expedición de la Ley 29 de 1963 frente a la exención concedida a la actora por la Ley 57 de 1931. El artículo 2o. de la Ley 29 de 1963 dispuso:

"Deróganse todas las disposiciones de carácter nacional que decreten exenciones o exoneraciones del impuesto predial y complementarios para las **personas privadas**.

Los Concejos Municipales y del Distrito Especial de Bogotá quedan autorizados para conservar por medio de Acuerdos las exenciones hasta ahora decretadas en favor de las entidades de beneficencia o asistencia pública". (Destaca la Sala).

Para la Sala es claro y reitera lo manifestado en otras oportunidades, que el artículo 2o. de la Ley 29 de 1963 derogó las disposiciones de carácter nacional que hubieren decretado exención de impuesto predial y complementarios para las **personas privadas.** *Contrario sensu*, las personas de derecho público continuaban con el régimen preestablecido y dentro de éste ha de incluirse la exención de impuesto predial concedida a la demandante por la Ley 57 de 1931. Luego en este aspecto, es del caso concederle la razón a la apelante pues en verdad la preceptiva contenida en la Ley 29 de 1963 en materia de derogatoria de exenciones no es aplicable a la entidad demandante.

La Ley 14 de 1983 tampoco la derogó porque se refirió a Catastro y reafirmó la Ley 29 de 1963.

Ahora bien; se precisa que por virtud de lo establecido en la Ley 55 de 1985, artículo 61, publicada en el Diario Oficial 37.031 del 27 de julio de 1985, se autorizó a los

municipios para gravar con impuesto predial los bienes de algunas entidades públicas, en los siguientes términos:

> "ARTICULO 61. Los bienes inmuebles de propiedad de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden nacional podrán ser gravados con el impuesto predial en favor del correspondiente municipio".

La disposición anterior fue recogida por el Código de Régimen Municipal, Decreto 1333 de 1986, en su artículo 194. Debe entenderse entonces, que como consecuencia de la expedición de la Ley 55 de 1985 el legislador confirió una "facultad" a los municipios para gravar con el impuesto predial a las entidades oficiales que allí indica, con lo cual implícitamente estaba derogando las exenciones concedidas por la ley, dejando a los municipios en posibilidad de conservarlas o suprimirlas según sus conveniencias.

Por ser una facultad ésta no opera en forma automática, sino que requiere de un acto administrativo municipal, que no puede ser otro que un Acuerdo.

En el Municipio de Armenia ese acto es el Decreto 389 de 1988, Código de Rentas, dictado en uso de facultades especiales otorgadas por el Concejo mediante el Acuerdo 003 de 1988, acto que no ha sido suspendido ni anulado, ni puede ser objeto de esta *litis*.

Examinado el Decreto se observa que en su encabezamiento invoca para su expedición las facultades otorgadas por el Acuerdo 03 de 1988 para modificar el Código de Rentas del Municipio; y en sus considerandos manifiesta que su texto se halla acorde con las normas constitucionales y "legales vigentes, especialmente con la Ley 14 de 1983 y el Decreto 1333 de 1986". El Título I regula lo atinente al impuesto predial y complementarios en los siguientes términos:

> "ARTICULO 4o. El Impuesto Predial y Complementarios recaerá en cuanto a materia imponible, sobre los bienes inmuebles ubicados en la jurisdicción del municipio de Armenia".

Y en el artículo 9o. se dispone :

> "Gravamen con el impuesto predial, conforme a las siguientes tarifas anuales los **bienes inmuebles ubicados en el perímetro urbano del municipio,** según rangos de avalúo catastral así:...". (Destaca la Sala).

De las anteriores transcripciones se deduce que el Código sujeta de manera general al impuesto predial los bienes inmuebles ubicados en la jurisdicción del municipio, conforme a la atribución dada por la ley, especialmente el artículo 61 de la Ley 55 de 1985, en la forma como fue compilado por el Decreto 1333 de 1986 y que

en su artículo 4o., al cobijar con impuesto a todos los inmuebles, incluye a los de las entidades públicas sin necesidad de mencionarlas expresamente, como hubiera sido lo deseable;*status* jurídico de sujeto pasivo que se confirman en las no sujeciones, puesto que no menciona a estas entidades, como se verá enseguida:

"ARTICULO 20: No están sujetos al impuesto predial y complementarios :

1. Los predios que se encuentran exentos por concordato y los destinados por concordato y los destinados exclusivamente a cultos religiosos.

2. Los destinados a la beneficencia pública, en los que el propietario demuestre que no tiene ninguna retribución económica.

3. Los bienes inmuebles de propiedad de las entidades de derecho público del orden municipal. Así mismo, los del orden departamental que no generen rentas.

4. Los bienes inmuebles de las Juntas de Acción Comunal y de las Juntas Administradoras Locales que estén destinados al servicio de la comunidad".

Entonces, establecido que el municipio sí se pronunció sobre la autorización otorgada por la ley, surgió para la entidad demandante la obligación de pagar a favor del municipio de Armenia el impuesto predial, quedando éste habilitado para cobrarlo, previa la liquidación que al efecto realizaran las autoridades de la Administración, en este caso el Director de Rentas del Municipio.

En relación con el contenido de las liquidaciones oficiales, observa la Sala que la Resolución 004 del 25 de febrero de 1992 comprende períodos que van desde marzo de 1987 hasta marzo de 1992, y como quiera que se ha concluído que la disposición que fundamenta los actos acusados fue expedida en el año de 1988, ésta no podía aplicarse a períodos anteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley consagrado en el ordenamiento aún antes de la expedición de la Carta de 1991, por lo que se dispondrá anular parcialmente la resolución en lo que atañe al período de 1987 y confirmarla para el período de 1988 y siguientes.

Respecto de la liquidación efectuada en la resolución 027 del 2 de marzo de 1992, ella no ofrece reparos para la Sala, pues comprende el período de abril de 1989 a marzo de 1992, por un solo predio por lo que habrá de confirmarse.

Devolución de Excedentes

Con relación a la solicitud de reintegrar los excedentes sobre los pagos acreditados en cuantías de $ 46.972.623 más $ 862.327, la Sala no puede determinar los valores que corresponden a los años 1988 y siguientes, dada la forma global como se

determinaron los impuestos en la resolución 04 del 25 de febrero de 1992. Esta labor corresponderá hacerla al Municipio de Armenia para determinar el posible saldo a favor de la entidad demandante que aquí se ordenará devolver con arreglo a la normatividad interna del municipio.

En cuanto a la solicitud de reconocimiento de intereses correspondientes sobre las sumas que sean devueltas no se accede a ello en consideración a que el artículo 140 del C.C.A. en el cual se fundamenta esta petición, fue declarado inexequible en esta parte por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 25 de julio de 1991 (expediente 2273), o sea, desde antes de haberse presentado 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.

2. ANULASE la resolución 04 del 25 de febrero de 1992 y las que confirmaron ésta (023 de marzo 6/92 y 041 de marzo 26/92,) en cuanto determinaron impuesto predial sobre predios de la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO en la ciudad de Armenia, por el período fiscal de 1987.

No se accede a anular en cuanto determina impuestos por el año de 1988 y siguientes.

3. No se accede a anular la resolución No. 027 del 2 de marzo de 1992.

4. El Municipio de Armenia previo trámite administrativo correspondiente, devolverá a la demandante las sumas depositadas por concepto de impuesto predial por el período de 1987.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACTO DEFINITIVO-Inexistencia/**ACTO DE TRAMITE/SENTENCIA INHIBITORIA**

El hecho de que el auto que trata sobre hacer efectiva la garantía hubiese sido notificado, esta circunstancia no le cambia de naturaleza, es decir no lo convierte en acto administrativo de trámite en acto administrativo definitivo. La jurisprudencia ha definido los actos administrativos en actos definitivos y actos de trámite. Los primeros son aquellos que resuelven determinado asunto o actuación administrativa, es decir los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; en contraposición con los segundos que sirven de medio para que los definitivos se pronuncien. Por lo tanto dicho auto que ordena hacer efectiva la garantía no es un acto definitivo sino de trámite debido a que no le da fin a una actuación administrativa sino que tiende a impulsarla hasta su culminación, y en esas condiciones no es susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción.

Consejo de Estado-. Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente*: Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5196. Actor: Mercedes Valderrama de Benavides. Apelación sentencia de 13 de septiembre de 1993. Tribunal Administrativo del

Magdalena (Efectividad de la garantía amparada por la póliza 86589 de la Compañía de Seguros Caribe S.A. por $3'133.788). FALLO.

ANTECEDENTES

La señora Mercedes Valderrama de Benavides en 1990 importó de Estados Unidos un vehículo automotor cancelando el 50% del valor de los respectivos impuestos de aduana. Llegado al país y ser sometido a trámite de nacionalización fue gravado por la Aduana con un impuesto del 88%. Como quiera que se solicitó el levante de la mercancía, en cumplimiento de normas legales la interesada constituyó una garantía ante la Compañía de Seguros Caribe S.A. por la suma de $ 3'133.788 para garantizar la diferencia de los impuestos liquidados.

La Aduana de Santa Marta expidió la declaración de Despacho para Consumo No. 1269 de junio 4 de 1990 contra la cual la señora de Benavides interpuso recurso de reposición, en el cual le fue desfavorable (Resolución 401 de julio 13 de 1990) porque se confirmó el acto liquidatorio en cuestión. Recurrida en apelación, la Dirección General de Aduanas mediante resolución 1862 de agosto 24 de 1992 inadmitió la apelación debido a que quien la interponía no se encontraba legitimidado para actuar.

En el expediente aparecen sendas citaciones de fechas 27 de agosto de 1992 dirigidas a Mercedes Valderrama de Benavides y al representante legal de Granandinas de Aduanas Ltda. con el fin de que se notifiquen personalmente de la resolución 1862 de agosto 24 de 1992 (folio 78). Así mismo, se registra copia del oficio de octubre 30 de 1992 (folio 44) dirigido a Mercedes Valderrama de Benavides en el cual se le comunica que se admitió la apelación; y que en tal virtud deberá cancelar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de dicha carta la suma de $ 3'133.788, pues de lo contrario se procedería a hacer efectiva la garantía constituída, conforme a lo previsto en el numeral 5 del artículo 318 del Decreto 2666 de 1984. A folio 79 se registra notificación de la resolución 1862 de agosto 24 de 1992 mediante edicto desfijado el 25 de septiembre de 1992, agotándose de esta manera la vía gubernativa.

Así las cosas y en cumplimiento del artículo 3o. del Decreto 794 de 1991 la Aduana de Santa Marta por medio del auto 1446 de noviembre 11 de 1992, cuya impugnación es el origen de este proceso, ordenó hacer efectiva la Póliza No. 86589 expedida por Seguros Caribe S.A. el día 12 de junio de 1990 por el término de un (1) año a favor de la Aduana de Santa Marta por la suma de $ 3'133.788 para garantizar el pago de la diferencia entre la liquidación oficial y los valores consignados en la declaración de despacho para consumo No. 1269 de junio 4 de 1990.

Pese a que el auto 1446 de noviembre 11 de 1992 fue de "cúmplase" por medio de los respectivos oficios de fecha 23 de noviembre de 1992 se citó a la señora Mercedes Valderrama de Benavides y a los representantes legales de Granandinas de

Aduanas Ltda. y Seguros Caribe S.A. para que se acercaran a la División Jurídica y Secretaría de la Aduana Regional de Santa Marta para notificarles personalmente el auto que ordena hacer efectiva la garantía en cuestión (folios 50/53). Al anverso del auto 1446 aparece anotación de diciembre 3 de 1992 en el sentido de que la señora Josefina Isabel Noguera de Ospina, en su condición de representante legal de Seguros Caribe S.A. en esa ciudad, se notificó personalmente del mencionado proveído.

Contra el asunto 1446 de noviembre 11 de 1992 la señora Mercedes Valderrama de Benavides formuló recursos de revocatoria directa el cual le fue resuelto en forma adversa por medio de la resolución 040 de febrero 24 de 1993 (folios 54/56). En este proveído se anota que el auto 1446 de noviembre 11 de 1992 es de trámite y que de acuerdo con el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo contra éste no procede recurso alguno.

Decidida la revocatoria directa, la actora acudió en demanda ante el Tribunal para solicitar la nulidad del auto 1446 de noviembre 11 de 1992 que ordenó hacer efectiva la garantía (póliza 86589), por que a su juicio no se dio cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 45 del Decreto 755 de 1990 y como restablecimiento del derecho que se declare que no hay lugar a exigir el cumplimiento de la póliza No. 86589 debido a que expiró su vigencia sin prórroga por parte del asegurado; a más de que la Dirección de Aduanas desató la apelación por fuera del período de vigencia de la mencionada póliza (peticiones segunda, tercera y cuarta).

Tramitando el proceso el *a-quo* en la sentencia señala que, si bien el artículo 289 del Código de Aduanas disponía que en el caso de fianzas se debía dar un plazo no mayor de 10 días hábiles para que el fiador pagara las sumas a que estaba obligado y que si no lo hacía, debía dársele traslado a la jurisdicción coactiva. Observa además, que esta norma fue modificada por el artículo 45 del Decreto 755 de 1990 en el sentido de que declarado el incumplimiento de la obligación se haría efectiva la garantía una vez ejecutoriado al respectivo acto que así lo declara, dándole traslado a la jurisdicción coactiva para que proceda a hacerla efectiva. Por lo demás, que dicho artículo 45 preceptúa que contra el acto que declare el incumplimiento de una obligación sólo procede el recurso de reposición.

Luego de la precisión anterior relieva que durante el transcurso de la actuación administrativa el artículo 45 del Decreto 755 de 1990 fue modificado por el artículo 3o. del Decreto 794 de 1991 que en la parte pertinente dice :

> "Ejecutoriada la providencia que resuelva desfavorablemente los recursos interpuestos y transcurridos cinco (5) días hábiles sin que el declarante o su garante hubiere cancelado la diferencia entre la suma pagada y la finalmente liquidada, se hará efectiva la garantía y además se causarán intereses moratorios hasta la fecha de su pago".

Respecto de esta modificación observa que hubo dos modificaciones sustanciales al precepto vigente para cuando se constituyó la garantía: una de carácter sustantivo (la falta oportuna del pago causaría intereses moratorios) cuya sanción *ex-post facto*, no podría aplicarse al caso concreto; y otra, de carácter procesal, que faculta a la Administración de Aduanas para hacer efectiva la garantía por sí misma, sin que sea menester dar traslado a la jurisdicción coactiva, cuando pasados cinco (5) días hábiles desde la ejecutoria de la providencia que resolviese desfavorablemente los recursos, no se hubiera acreditado el pago de la diferencia entre la liquidación oficial y lo consignado.

Del respectivo análisis de las normas concluye que el acto que dispone hacer efectiva la garantía es un mero acto de ejecución que no tiene recursos al tenor del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo puntualizando lo siguiente:

> "De este modo, notificada la resolución No. 1862 del 24 de agosto de 1992, como se desprende de la documentación aportada al proceso, por edicto que duró fijado desde el 14 al 25 de septiembre de 1990, es claro que la precitada resolución cobró ejecutoria, desde luego que contra ella no había recurso alguno y agotaba la vía gubernativa. Para proveer a su ejecución sólo bastaba, como se hizo, expedir un auto contra el cual no procedía recurso alguno, por lo que bien pudo dictarse como de 'cúmplase'".(folios 145/146).

No obstante estas razones, que el Tribunal estima suficientes para negar las pretensiones de la demandante, destaca que no puede darse un pronunciamiento de fondo por falta del requisito de demanda en forma porque no se demandaron el despacho para consumo, la liquidación oficial, el levante de la mercancía, ni los actos que resolvieron los recursos, pues todos ellos constituyen una operación administrativa que debe ser impugnada jurisdiccionalmente en su conjunto; y no sólo mediante el último acto de ejecución de la misma, o sea la orden de hacer efectiva la garantía. En consecuencia, profirió un fallo inhibitorio por ineptitud de la demanda. (folios 136/151).

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la actora en prolijo escrito básicamente se refiere a los siguientes aspectos:

1o.) Que es deber de la Administración de Aduanas declarar la ocurrencia del riesgo asegurado (diferencia de valor entre la liquidación oficial y la liquidación privada).

2o.) La vigencia del contrato de seguro. Según el apelante fuera del término de vigencia estipulado en el contrato de seguro, puede existir la prescripción de dos años (artículo 1081 Código de Comercio). Señala que siendo el riesgo conocido por la

Administración y la beneficiaria del seguro (póliza No. 86589 de junio 12 de 1990 con vigencia de un año), sabía qué hacía y cuál era el término de que disponía; sin embargo, que a pesar de ello no lo hizo dentro de la vigencia de la póliza. Precisa que en este caso la materialización del siniestro se evidencia cuando la Aduana desata desfavorablemente el recurso de apelación, corriendo contra ella los términos, no sólo el de la vigencia de la póliza sino también el de la prescripción del derecho. Además, corría en su favor la posibilidad de exigir una prórroga de póliza y no lo hizo; por lo tanto, el descuido de la Administración no puede ignorarse para convertirlo en una circunstancia en contra del usuario.

3o.) Que el auto acusado no es el título ejecutivo ni un acto de ejecución (artículo 49 Código Contencioso Administrativo) como lo sostiene el Tribunal. En este caso el apelante se refiere concretamente al artículo 45 del Decreto 755 de 1990 que modificó el artículo 289 del Código de Aduanas, según el cual contra el acto que declare el incumplimiento de una obligación solo procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario. Por lo demás critica el auto acusado por que fue de CUMPLASE, es decir que no tuvo la ejecutoria que ordena la mencionada norma, argumentando que, "cómo puede predicarse que el auto demandado no es susceptible de la revisión contenciosa que se procura con la acción instaurada, si no se cumplieron los requisitos exigidos en la norma especial para proferirla?". Precisa además que el auto en cuestión se profirió y conoció por fuera del término de vigencia de la póliza; y cuando la providencia que resolvió adversamente la apelación no estaba ejecutoriada, pues está demostrado que la resolución mediante la cual la Aduana decide la apelación se notificó por edicto al día siguiente de dictarse el auto demandado. En resumen, que es evidente la falta de ejecutoriedad de la providencia que resuelve desfavorablemente el recurso de apelación.

4o.) Necesidad de proferir el acto administrativo que declare la obligación dentro del término de vigencia de la póliza. Sobre este tema relieva que "en nuestro caso esa vía gubernativa termina por fuera del término de vigencia del contrato de seguro y por fuera del término de prescripción del derecho, no podemos dejar de un lado esa situación que está viciando el acto aquí demandado, como elemento en la sustentación de los hechos de la demanda". (folio 173).

5o.) Que independientemente de la facultad de jurisdicción coactiva de que está investida la Aduana, ésta debe ser justa al aplicar intereses, porque éstos no estaban establecidos en el momento de celebrarse el contrato de seguro.

En consecuencia, el apelante solicita se revoque la decisión del Tribunal porque las pretensiones formuladas en la demanda han sido mal interpretadas, pues lo está haciendo por fuera de los parámetros fijados en las normas citadas como violadas, una de ellas la Ley de Aduanas. Pide, por lo tanto, pronunciamiento sobre las demás peticiones de la demanda.(folios 162-175).

ALEGATOS DE CONCLUSION

En primer lugar, el apoderado de la actora descorre el traslado básicamente para relievar que el Tribunal se equivocó, al considerar que la providencia que desató el recurso de apelación debió ser demandado junto con el auto que dispuso hacer efectiva la garantía, porque esta impugnación no es necesaria para acudir al Contencioso para impetrar la nulidad del auto 1446 de 11 de noviembre de 1992. A su juicio, sólo basta demandar el acto mediante el cual se ordena hacer efectiva la garantía (póliza Seguros Caribe S.A.), aunque no se pudo agotar la vía gubernativa debido a que la Aduana le negó el recurso de reposición consagrado expresamente en el artículo 45 del Decreto 755 de 1990.

En segundo lugar destaca que la expedición del recurso de apelación ocurrió por fuera del término de vigencia del contrato de seguro, al igual que el auto cuya impugnación conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En tercer lugar, señala que el auto demandado no pudo ser recurrido en la vía gubernativa por negación que de ese derecho hiciera la propia Administración (Folios 180-183).

El señor Procurador Delegado ante el Consejo de Estado también descorre el traslado, quien luego de resumir la actuación cumplida tanto en la vía gubernativa como en la contenciosa, estima que la demanda no es inepta, como lo sostiene el *a-quo* porque reúne los requisitos formales de los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo. Precisa el señor Fiscal que si la demanda es antitécnica o expone planteamientos que no vienen al caso o que no se refieren al acto acusado, tal circunstancia no la convierte en inepta y simplemente daría lugar a un pronunciamiento de fondo adverso a las súplicas de la misma.

Respecto a la presunta violación del numeral 2 del artículo 288 del Decreto 2666 de 1984, del artículo 318 *ibídem*, modificado por el artículo 55 numeral 5o. del Decreto 755 de 1990, de cuyas transgresiones se ocupa principalmente la demanda, puntualiza que, aun considerando que la obligación del asegurador abarcara hasta el 12 de septiembre de 1991 (un año más tres meses más) se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 55 del Decreto 755 de 1990 en el sentido de que ejecutoriada la providencia que resuelve los recursos sin que se haya efectuado el pago, el Administrador ante quien se haya otorgado la garantía dará traslado a la jurisdicción coactiva para que proceda a hacerla efectiva.

En relación con el argumento de que la vigencia de la póliza no puede extenderse más de los quince meses, anota el Delegado de la Procuraduría que en el expediente existen las pruebas de que la resolución 1862 del 24 de agosto de 1992 fue notificada mucho antes de la expedición del auto 1446 del 11 de noviembre de 1992 que ordenó

hacer efectiva la garantía mediante envío de telegramas 014520 de agosto 23 de 1992 y 015053 de septiembre 3 de 1992, respectivamente, y por edicto fijado el 14 de septiembre de 1992, hasta el 25 de septiembre de 1992, quedando así "debidamente ejecutoriada"; y que si posteriormente fue fijado, por error, otro edicto tal circunstancia no le resta validez ni eficacia al primero.

Por último, sobre la no exigibilidad de la garantía después de la vigencia de la póliza, observa que "es preciso anotar que una cosa es la vigencia de ésta y otra el derecho que tiene la Aduana de ordenar que se haga efectiva la garantía; este derecho se ejerce, como ocurrió en este caso, después de producirse la ejecutoria del acto que resuelve desfavorablemente los recursos". (fl. 190).

Por lo tanto, el Delegado de la Procuraduría considera que se debe revocar la decisión inhibitoria del Tribunal y, en su lugar disponer se nieguen las súplicas de la demanda. (fls. 184/190).

Igualmente alegó de conclusión el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, centrando su punto de vista en el asunto planteado por el *a-quo*, es decir la falta del requisito de la demanda en forma. Argumenta al respecto lo siguiente: "Expone el Tribunal en su proveído que el actor no demandó el conjunto de la operación administrativa, el cual está conformado por el Despacho de Consumo, Liquidación Oficial, el levante de la mercancía, la constitución de garantía y los recursos contra la liquidación oficial de los derechos que importa; luego este universo no puede simplificarse a cuestionar la legalidad del acto de ejecución o auto que ordena hacer efectiva la garantía; porque ciertamente y como igualmente lo expone el fallador de primera instancia "De prosperar la impugnación de ese último acto de ejecución, dejaría incólumes las providencias administrativas que desataron los recursos en vía administrativa..." (fl. 192).

De acuerdo con lo anterior, solicita la confirmación del fallo del Tribunal lo cual implica la legalidad de los actos administrativos demandados. (fls. 191/194).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A través de la actuación administrativa y jurisdiccional se ha cuestionado la naturaleza jurídica del auto No. 1446 de noviembre 11 de 1992, pues en la resolución No. 040 de febrero 24 de 1993 la Dirección General de Aduanas lo califica de ACTO DE TRAMITE (artículo 49 Código Contencioso Administrativo) porque es la consecuencia de haber quedado ejecutoriada la resolución 1862 de agosto 24 de 1992 (inadmisión de la apelación); es decir, se produce dentro de la actuación administrativa, con el fin de impulsarla hacia su conclusión, no procediendo contra dicho auto recurso alguno. A su turno el Tribunal en la sentencia sostiene que "el acto que dispone hacer efectiva la garantía es un mero acto de ejecución, que carece de individualidad

o de independencia, en tanto está atado a los requisitos de interposición de los recursos en vía gubernativa y viene a ser la consecuencia del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, que los hace obligatorios una vez queden en firme. Al tenor del artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento".

Pues bien, respecto a este punto la Sala estima que la norma aplicable cuando se expidió el auto 1446 de noviembre 11 de 1992 es el artículo 3o. del Decreto 794 de 1991 que no consagra recurso alguno contra la decisión de hacer efectiva la garantía; y de ninguna manera el artículo 45 del Decreto 755 de 1990 que invoca a su favor el accionante por ser norma anterior y aplicable al caso de declaratoria de incumplimiento de una obligación.

En cuanto al hecho de que el auto en cuestión hubiese sido notificado, esta circunstancia no le cambia de naturaleza, es decir, no lo convierte de acto administrativo de trámite en acto administrativo definitivo.

La jurisprudencia ha definido los actos administrativos en actos definitivos y actos de trámite. Los primeros son aquellos que resuelven determinado asunto o actuación administrativa, es decir los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; en contraposición con los segundos que sirven de medio para que los definitivos se pronuncien.

Visto lo anterior, la Sala considera que el acto administrativo por medio del cual se ordena hacer efectiva la garantía (póliza No. 86589 por $3'133.788) no es un acto definitivo sino de trámite debido a que no le da fin a una actuación administrativa sino que tiende a impulsarla hasta su culminación, pues ese es el objetivo principal del auto 1446 de noviembre 11 de 1992.

De manera pues, que siendo este acto de mero trámite no es susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 135 Código Contencioso Administrativo); por este motivo habrá lugar a una decisión inhibitoria pero por motivos distintos a los que expresa el fallo del Tribunal (ineptitud de la demanda), toda vez que tal inhibición radica fundamentalmente en el hecho de que se demandó la nulidad de un acto de mero trámite (artículos 49 y 50 Código Contencioso Administrativo), el cual no tiene la virtualidad o posibilidad de ser controvertido ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según lo preceptuado por el artículo 135 *ibídem.*

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

FALLA:

1o) Confírmase la sentencia del 13 de septiembre de 1993 proferida en el juicio 3336 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, pero por el motivo expresado en esta providencia.

2o) Reconócese personería al doctor William Valderrama, de acuerdo con poder visible a folio 198 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

CONCEPTO DE LA DIAN-Aplicación/**LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA**

Si bien los conceptos que con base en la facultad de interpretación profiere la Dirección de Impuestos Nacionales son de obligatorio cumplimiento para sus funcionarios, estos son simples conceptos que no pueden desde luego modificar la ley; por otra parte, en el presente caso el concepto que se menciona no tiene el alcance que pretende darle el contribuyente, toda vez que la parte pertinente que se transcribe se refiere a la obligación de pagar el anticipo para efectos de recurrir contra la liquidación de corrección aritmética, no a la facultad de corrección del mismo, la cual está consagrada en la ley, y ésta no considera el pago o no de la liquidación privada del año siguiente como requisito.

LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA-Objeto

La liquidación de corrección aritmética no está condicionada en cuanto a su validez a requerimiento previo alguno, y la consagración de esta figura por el legislador, así como la imposición de la sanción correspondiente "lejos de atenerse a un rigorismo formal, castigó la conducta de los contribuyentes que siendo exactos en la consignación numérica de los hechos imponibles, no tengan la debida diligencia al anotar los resultados de las operaciones matemáticas, apliquen tarifas diferentes y perjudiquen de esta manera los intereses del Estado".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4697. Actor: Vidal & Cotes Arquitectos Ingenieros Ltda. Impuesto-Renta. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia de 19 de enero de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo del Cesar, negó las súplicas de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la sociedad VIDAL & COTES ARQUITECTOS INGENIEROS LTDA., Nit: No. 892.401.318-3, contra los actos administrativos por los cuales se corrigió aritméticamente la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios correspondiente a la anualidad tributaria de 1988.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó declaración del impuesto de renta y complementarios, por el año gravable de 1988, ante la Administración de Impuestos de Valledupar, en cuya liquidación privada determinó el impuesto a cargo en la suma de $ 432.557.

Sobre esta declaración de renta, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Valledupar, practicó la liquidación oficial de corrección aritmética No. 104 de 28 de junio de 1991. determinándole a la sociedad un mayor valor por concepto de impuestos, anticipos y sanciones por corrección y extemporaneidad en la suma de $ 2.404.000.

Oportunamente la sociedad interpuso el recurso de reconsideración ante la División de Recursos Tributarios, contra la liquidación oficial de corrección aritmética No. 104, alegando su inconformidad, por haber omitido la Administración el requerimiento especial, la explicación sumaria sobre el contenido de la liquidación, y haber determinado un anticipo para el año de 1989 e imponer una sanción del 30% sin justificación alguna.

Por medio de la resolución No. 0025 de 29 de mayo de 1992, la División de Recursos Tributarios decidió el recurso, confirmando la liquidación oficial, "excepto en lo concerniente a la liquidación del incremento de sanción de extemporaneidad", el cual se fijó en $ 186.000 que implica modificar el VS en $ 1.185.000 y el HA en $2.514.000. Con esta decisión se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

En vista de lo anterior, la sociedad acudió ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando violación de los artículos 702, 703, 730, 867 y 993 del Estatuto Tributario; 23 del Decreto Extraordinario 2821 de 1974 y el concepto No. 009911 de 4 de mayo de 1989.

Manifiesta la actora que la Administración incurrió en error de procedimiento, en cuanto a la liquidación oficial de corrección aritmética No. 104 de 28 de junio de 1991, es en realidad una liquidación de revisión, porque no se limitó solamente a corregir el impuesto, sino que modificó el anticipo para el año de 1989, e impuso sanciones por extemporaneidad, corrección y error aritmético.

Para efectos de demostrar su afirmación analizó la liquidación oficial, considerando que la Administración Tributaria modificó cifras y adicionó otras, como la sanción por extemporaneidad en la que determinó una suma de $ 620.000 cuando se había declarado correctamente la cantidad de $ 366.590; igualmente modificó el anticipo desconociendo el artículo 807 del Estatuto Tributario al determinar un anticipo para el año de 1989 en la cantidad de $ 541.000, "sin tener en cuenta (sic), el impuesto determinado en el año gravable de 1987, factor importante, pues a (sic) ese impuesto debe sumarse el impuesto determinado por el año de 1988, y a (sic) ese resultado se divide por 2, luego se le aplica el 75%, y a esta cifra se le resta la retención en la fuente...".

Considera además, que con la liquidación oficial de corrección aritmética practicada por la Administración, se desconoce la posición asumida por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de octubre de 1987, en la que se fijó el alcance y objeto de este tipo de liquidación, al decir que éste "No es un método de determinación del tributo, **a través de ella no es posible modificarni (sic) adicionar valores en la liquidación, pues ello la convertirían en liquidación de revisión.**

Por último agrega que la explicación sumaria dada por la Administración de la liquidación acusada, no fue la suficientemente motivada, en cuanto no indica claramente en qué consiste el error aritmético, siendo éste un elemento esencial del cual depende su validez y eficacia.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia del 19 de enero de 1993, resolvió denegar las pretensiones de la demanda. Luego de transcribir algunos apartes de la contestación dada por el apoderado de la Nación, consideró que en efecto, la sociedad actora al liquidar el impuesto sobre la renta gravable, no aplicó la tarifa que

se señala para las sociedades, que es del 30%, obteniéndose una variación considerable de $ 1.047.000 a $ 1.770.000 que disminuyó el monto impositivo.

También observó que efectivamente la enmienda que practicó la Administración a la liquidación privada de la contribuyente, no corresponde a una liquidación de revisión, que "se practica para modificar substancialmente y por una sola vez la liquidación privada, sino que "corresponde exactamente a un típico "error aritmético" en los términos que lo define el artículo 697 del Estatuto Tributario" y que en el caso *sub-exámine* "lo que ocurrió fue que en el renglón 30 aparece como renta líquida gravable la suma de $ 5.898.631 a la cual debía aplicarse la tarifa del 30% por tratarse de una sociedad, según lo establece el artículo 240 del Estatuto Tributario y de esta manera tendríamos un valor equivalente a $ 41.770.000 y no un valor de $ 41.047.400 como aparece en el renglón 34 correspondiente al impuesto sobre la renta gravable...", valor equivocado que implicó pagar un menor valor por concepto de impuesto y anticipo.

En consecuencia, para el *a-quo,* la Administración no quebrantó en manera alguna las normas invocadas por la demandante, y no hizo nada distinto de aplicar correctamente las normas que la facultan para corregir errores aritméticos.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad actora impugnó la sentencia anterior, reafirmándose prácticamente en los mismos argumentos dados en la demanda.

Agrega, que la Administración Tributaria violó el derecho al debido proceso de la sociedad actora (artículo 29 de la Constitución Nacional), porque al practicar no una liquidación de corrección aritmética sino de modificación "debía (sic) enviar un requerimiento y así (sic) el contribuyente acataría (sic) su defensa", y para ello, establece la diferencia entre la liquidación privada y la de corrección aritmética, teniendo en cuenta lo prescrito por el artículo 24 del Decreto 3803 de 1982.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandada:

El apoderado judicial de la parte demandada se opone al recurso de apelación, argumentando que efectivamente la liquidación de corrección aritmética No. 104, practicada por la Administración Tributaria a la sociedad actora, corresponde a este tipo de liquidación y no a una de revisión.

Manifiesta para ello, que el error aritmético en que incurrió la contribuyente, corresponde al previsto en el numeral 2o. del artículo 697 del Estatuto Tributario (antes artículo 40 del Decreto 2503 de 1987), sancionable por no haber tenido la debida

diligencia al aplicar la tarifa y anotar en su liquidación privada "$ 1.047.400.oo cuando el resultado correcto ha debido ser de $ 1.770.000.oo".

Que de conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta el artículo 698 del Estatuto Tributario, en concordancia con el primer inciso del 6464 *ibídem*, la Administración de Impuestos al efectuar la liquidación de corrección aritmética, que ocasionó un menor valor a pagar por concepto de impuestos y anticipos, debía lógicamente dar como resultado un mayor valor a pagar por concepto de impuestos y anticipos.

Frente a la modificación de la sanción por extemporaneidad expresa que ésta se liquidó incorrectamente, toda vez, que el "(5% X 7 meses = 35%) a la base (total impuesto a cargo = $ 1.770.000), daba como resultado $ 620.000 y no $ 366.590, que incrementada en un 30% da como resultado la suma de $ 186.000, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 2503 de 1987, hoy 701 del Estatuto Tributario.

Finalmente, en relación con la necesidad de enviar requerimiento especial previo a la liquidación de corrección aritmética, la demandada transcribe algunos apartes de la sentencia de 14 de junio de 1991 del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano, en la que se sostiene, que para la validez de este tipo de liquidación, no es necesario previo requerimiento especial, según los términos del artículo 89 de la Ley 9a. de 1983.

El Ministerio Público:

La Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación, estima que la sentencia del Tribunal debe ser confirmada, porque en su concepto, la contribuyente se determinó en el renglón 30 de su declaración un menor impuesto de $1.047.400, cuando debió ser de $1.770.000, que es lo que corresponde aplicar a la tarifa única del 30%, sobre la renta líquida gravable de $5.898.631, situación ésta que al mismo tiempo produjo "la modificación del anticipo para 1989, el incremento de la sanción por extemporaneidad y la imposición de sanciones por corrección aritmética", todo ello impuesto por la Administración en la liquidación de corrección aritmética No. 104, con sujeción a las disposiciones de los artículos 698, 240, 646 y 701 del Estatuto Tributario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia se contrae a dilucidar, si la liquidación de corrección aritmética No. 104 de 28 de junio de 1991, practicada por la Administración de Impuestos Nacionales del Cesar, a la liquidación privada plasmada en la declaración de renta de enero 24 de 1990 de la contribuyente VIDAL & COTES ARQUITECTOS INGENIEROS LTDA., por el año gravable de 1988, corresponde a este tipo de liquidación o por

el contrario como lo sostiene la demandante "es en realidad una liquidación de revisión" en la medida en que "no solamente se limitó a corregir el im- puesto, sino que modificó el anticipo para el año de 1989, sanción por extempora- neidad, sanción por corrección y por error aritmético".

El error aritmético de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, hoy 697 del Estatuto Tributario, se presenta en cualquiera de estas tres eventualidades:

"1. A pesar de haberse declarado correctamente los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, se anota como valor resultante un dato equivocado".

"2. Al aplicar las tarifas respectivas se anota un valor diferente al que ha debido resultar".

"3. Al efectuar cualquier operación aritmética, resulte valor equivocado que implique un menor valor a pagar por concepto de impuestos, anticipos o retenciones a cargo del declarante, o un mayor saldo a su favor para compensar o devolver".

En el caso *sub-exámine*, quedó plenamente establecido por la liquidación de corrección aritmética efectuada por la Administración, que la contribuyente anotó un valor diferente al que debía resultar de aplicar la tarifa correspondiente, incurriendo de acuerdo con los previstos en el numeral 2o. de la precitada norma en error aritmético.

En efecto, la tarifa única del impuesto a la renta aplicable a las sociedades limitadas que fijó el artículo 240 del Estatuto Tributario, es del 30% que si se aplica a la renta líquida gravable de $ 5.898.631 da como resultado $ 1.770.000 y no $ 1.047.400 como figura en la liquidación privada de la sociedad.

De otra parte, como la demandante insiste en que con la liquidación de corrección se le modificó el anticipo para el año gravable siguiente, sin tener en cuenta el artículo 807 del Estatuto Tributario, y el concepto No. 009911 del 4 de mayo de 1989 de la Administración Tributaria, la Sala estima, que de conformidad con el artículo 698 del Estatuto Tributario, en concordancia con el 646 del mismo Estatuto, la Administración está plenamente facultada a través de la liquidación de corrección aritmética a corregir dichos errores, no solo por concepto de impuestos sino también por **"anticipos** o retenciones a cargo del declarante", como también, a aplicar una sanción equivalente al 30% del mayor valor a pagar.

Ahora bien la demandante alega desconocimiento por parte de la Administración del concepto No. 009911 del 4 de mayo de 1989, emitido por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, que consideró que "Si el contribuyente, al momento de producirse la liquidación de corrección ya había cancelado la

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

liquidación privada del año siguiente, no procede a exigirle el anticipo no calculado o el mayor valor del reajuste, por cuanto no es posible imputar dichos valores a la liquidación de impuestos del año siguiente por estar ésta ya cancelada; el contribuyente no está adeudando suma alguna por dicho año y por consiguiente no puede exigir lo que no se debe". Al respecto la Sala observa, que si bien los conceptos que con base en la facultad de interpretación profiere la Dirección de Impuestos Nacionales son de obligatorio cumplimiento para sus funcionarios, estos son simples conceptos que no pueden desde luego modificar la ley; por otra parte, en el presente caso el concepto que se menciona no tiene el alcance que pretende darle el contribuyente, toda vez que la parte pertinente que se transcribe se refiere a la obligación de pagar el anticipo para efectos de recurrir contra la liquidación de corrección aritmética, no a la facultad de corrección del mismo, la cual como se observó, está consagrada en la ley, y esta no considera el pago o no de la liquidación privada del año siguiente como requisito.

En consecuencia, la liquidación de corrección aritmética No. 104 practicada por la Administración de Impuestos del Cesar, se ajusta tanto a la ley como a la jurisprudencia sostenida por esta Corporación, en el sentido de que no está condicionada la validez de las liquidaciones de corrección aritmética a requerimiento previo alguno, y la consagración de esta figura por el legislador, así como la imposición de la sanción correspondiente "lejos de atenerse al rigorismo formal, castigó la conducta de los contribuyentes que siendo exactos en la consignación numérica de los hechos imponibles, no tengan la debida diligencia al anotar los resultados de las operaciones matemáticas **apliquen tarifas diferentes** y perjudiquen de esta manera los intereses del Estado".

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del 19 de enero de 1993, originaria del Tribunal Administrativo del Cesar.

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

Se deja constancia de la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION/COMPETENCIA FUNCIONAL/ DECRETACION DE LA OBRA

Con relación a la función específica de "dictar el Estatuto Orgánico de la Contribución, pues es una labor por ser eminentemente legislativa no podía delegarla el Concejo pero en lo atinente a la decretación de obras, por ser simplemente una labor administrativa, es esencialmente delegable en entidades de gestión, especialmente en aquellas establecidas o que se crean para atender cuestiones técnicas específicas de la Administración como es la ejecución de obras públicas locales. Por ello, en el caso del tributo de valorización, es aceptable la delegación en un órgano para que realice, precisamente, tales cuestiones administrativas como son el cálculo del costo de la obra, incorporado en él no solo el valor de los insumos directos sino también los referentes a los gastos de Administración e imprevistos, distribuya el costo entre aquellos titulares cuyos predios se benefician de la obra.

DECRETACION DE OBRA/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/ CONTRIBUCION DE VALORIZACION

Ciertamente tiene razón el actor cuando afirma que en manera alguna puede el establecimiento público decretar *per se* y con base en la atribución conferida por el artículo 4o. literal e) las obras que a bien tenga de una manera discrecional, porque de esta forma estaría no solo imponiendo el tributo, facultad impositiva indelegable de la Corporación Popular, sino contrariando los artículos 197 numeral 5o., 206

y 207 de la Constitución Nacional, entendiendo el literal e) con el límite impuesto en la Constitución y la ley, pues se reitera, que en él se delega una mera función ejecutiva como es la de señalar en concreto las obras que se adelantarán al pago de las contribuciones establecidas previamente por Acuerdo Municipal en desarrollo de las previsiones legales sobre el referido tributo.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL-Restricción/**FONDO ROTATORIO DE VALORIZACION**

No podía el Concejo Municipal de Pereira transferir a la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Valorización de manera ilimitada, indiscriminada e imprecisa toda la competencia que en materia de contribución de valorización le asignaron las leyes vigentes al Concejo Municipal, ya que tal delegación de funciones propias del Cabildo Municipal, en tal sentido tan general abarca lo concerniente a la función de decretar tributos que no eran delegables sino en forma *pro-témpore* y precisa en el Alcalde Municipal, conforme lo previsto entonces en el artículo 197 numeral 7o. de la Carta, como sí lo podía hacer respecto a la prevista en el mismo artículo en su numeral 3o., referida la competencia para asignar funciones a las diferentes dependencias del orden municipal, en este caso, al Fondo Rotatorio de Valorización.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4326. Actor: ALBERTO ROJAS RIOS. Apelación de la sentencia del 6 de julio de 1992. Tribunal Administrativo de Risaralda. Acción de nulidad contra los artículos 4o. literales e), f) y 11); 5o. literal d) 11 y 12 del Acuerdo 3o. de 1978 del Concejo Municipal de Pereira. AUTORIDADES MUNICIPALES. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 6 de julio de 1992, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el juicio de nulidad, intentado por el ciudadano ALBERTO ROJAS RIOS contra los artículos 4o, literales e), f) y 11); 5o. literal d), 10 y 12 del Acuerdo 3o. del 18 de julio de 1978, expedido por el Concejo Municipal de Pereira.

ANTECEDENTES

Invocando el ejercicio de sus facultades legales, y en especial las conferidas por el numeral 4o. del artículo 197 de la Constitución Nacional, el Concejo Municipal de

Pereira expidió el Acuerdo 3o. de 1978 para erigir en establecimiento público al Fondo Rotatorio de Valorización, señalando para tal fin lo atinente a su constitución objetivos, dirección; las funciones específicas de la junta directiva, del director, su patrimonio, el control fiscal, transferencia de bienes, dirección transitoria y la aplicación y vigencia del mismo.

LA DEMANDA

Acusa al Acuerdo 3o. de 1978 en sus artículos 4o. literales e), f), y 11); 5o. literal d); 10 y 12 de incurrir en violación de las normas superiores contenidas en los artículos 2o., 20, 43, 197 numerales 1o., 2o, y 5o, 204, 206 y 207 de la Constitución Nacional; 3o. de la Ley 25 de 1921; 1o. literal d) de la Ley 195 de 1936; artículo 7o. de la Ley 113 de 1937; artículos 1o. y 2o. de la Ley 63 de 1938; 18, 19 y 22 de la Ley 1a. de 1943; 1o., 5o, 6o, y 8o del Decreto Legislativo del Decreto 868 de 1956 adoptado como legislación permanente por el artículo 1o. de la Ley 141 de 1961; 6o. de la Ley 29 de 1963; 1o., 2o., 4o., 14, 15, 16, 17, y 18 del Decreto Legislativo 1604 de 1966; 88, 89, 90 y 92 del Decreto 1394 de 1970 artículo 92 numerales 1o., 2o., 93 numeral 95, 116, 234, 235, 236, 238, 241, 243, 244, 262 y 263 del Decreto 1333 de 1986, el 178 del Código de Régimen Municipal.

Básicamente expone que con la expedición del Acuerdo acusado se desconoció el principio constitucional de legalidad que sustenta nuestro ordenamiento jurídico, pues no se atendió la jerarquía de reglas de derecho, que implica no solamente la supremacía de la ley en sentido formal sino ante todo la superioridad de la regla jurídica jerarquizada en relación con las subordinadas, comprendiendo en ellas la norma jurídica fundamental del Estado o Constitución Nacional y que al no observarla, generó la violación de normas superiores de derecho (artículos 62 a 65 de la Ley 167 de 1941), abuso de poder y vicio de incompetencia pues los poderes públicos, a términos del artículo 2o. de la Constitución Nacional, deben ejercerse dentro de los términos que la propia Constitución establece, y el Concejo Municipal de Pereira al expedir el Acuerdo acusado, rebasó tales límites porque desconoció que la valorización como todo tributo debía imponerse de acuerdo con la ley, conforme lo exigían los artículo 43 y 197 numeral 2o. de la Constitución Nacional, pues no puede haber tributación sin representación, como repetidamente lo ha reiterado la jurisprudencia y en consecuencia cuando el Acuerdo asigna al Fondo Rotatorio de Valorización la función específica de dictar, a través de su Junta Directiva, el Estatuto Orgánico de la Contribución de Valorización, determinando los derechos del contribuyente y los recursos que proceden contra los actos administrativos de los organismos del fondo hasta agotar la vía gubernativa del Fondo, violó tal principio. En consecuencia, cuando la Junta Directiva del Fondo con fundamento en el inconstitucional artículo 4o. del Acuerdo 3o. de 1978, expidió la resolución No. 37 del 13 de enero de 1981, también incurrió en desbordamiento de su competencia, la que solo radicaba e indelegable, por imperativo de la norma constitucional en el Concejo Municipal. Como en múltiples

ocasiones lo habían precisado tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia , como la Escuela Superior de la Administración Pública –ESAP– al rendir concepto sobre el sistema normativo de la contribución de valorización en Pereira, recabando la flagrante ilegalidad del Acuerdo acusado.

Además, el artículo 204 de la Carta exige que cuando se establezca una contribución indirecta o aumento de impuesto de esta clase, debe determinarse la fecha en que comenzará a cobrarse, limitación que debe atenderla el legislador y con mayor razón los Concejos Municipales.

Adicionalmente, el Concejo violó el artículo 197 numeral 5o. porque al decretar la Junta Directiva las obras que deben ejecutarse por valorización, queda a su arbitrio la modificación del gasto público sin previo decreto del Concejo Municipal. Consecuencialmente incurre en violación de las normas legales contenidas sobre la misma materia en el Código de Régimen Municipal artículos 94, 130, 362 y 263.

Por último, señala que el Acuerdo al determinar en el artículo 12 que sus efectos "se surten a partir de la fecha de su sanción", de manera elemental desconoce el principio contenido en el artículo 178 del Código de Régimen Político y Municipal, entonces vigente, que señala que los actos administrativos de carácter general y abstracto solo rigen a partir de su publicación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Risaralda consideró que era incuestionable que la contribución especial de valorización no podía ser creada por un establecimiento público municipal, como lo era el fondo de Valorización de Pereira, ya que el tributo tenía como fuente la ley, y la competencia de los Concejos respecto de esa contribución, como en todo el universo de tributos, no era originaria sino derivada de la ley, y, por lo tanto, debía ejercerla con respecto de lo establecido en ella.

En consecuencia al facultar el Concejo a un organismo o ente municipal para expedir el estatuto orgánico de la contribución, como facultad de crear el tributo y no de simple administración o ejecución, quebrantó la normatividad constitucional, pues tal facultad solo podía delegarse temporalmente en el Alcalde Municipal a términos del artículo 197 de la Constitución Nacional, por lo que era procedente la nulidad de la expresión "Orgánico de la Contribución" contenida en los literales f) del artículo 4o, y d) del artículo 5o.

No aceptó la excepción de la cosa juzgada propuesta por la demandada respecto del cargo de nulidad del artículo 4o. literal e) porque el cargo se fundamentó en esta oportunidad en la transgresión de los artículos 197 numeral 5o., 206 y 207 de la Constitución Nacional y en la vez anterior se propuso respecto de los artículos 43 y

197 numeral 7o. de la Constitución Nacional, pero tampoco dio prosperidad al cargo de nulidad del artículo 4o. literal "e") por violación de los artículos mencionados considerando que éstos interpretados armónicamente con el artículo 210 de la misma Carta Constitucional de 1886, no podían entenderse dentro de un contexto rígido porque entonces no existían los planes de desarrollo, ni la complejidad de la Administración que surgió no solo de la idea de planeación sino de nuevos instrumentos o técnicas de administración, como son los establecimientos públicos dotados de cierta autarquía, uno de cuyos aspectos es el de propio presupuesto que ahora expresamente reconoce la Carta en su artículo 352, que se incorpora al del municipio una vez aprobado.

Por lo que debía entenderse, como aplicación del principio de universalidad del presupuesto, que un establecimiento público no podía percibir contribución que no figurara en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación que no se hallara incluida en la de gastos. Igualmente no podía el Fondo determinar en forma absolutamente discrecional, qué obras debían adelantarse sujetas a valorización, porque el grado de autonomía que se otorga a los establecimientos públicos, no significa que se destruya la unidad de la Administración Pública, constituyéndose aquellos en piezas sueltas de la misma. Por lo que constituyendo el Acuerdo 03 de 1978 un estatuto cuyas disposiciones están en mutua interdependencia, debía entenderse que el decreto de obras que ha de realizarse por valorización, debe hacerse "según los planes y programas de la Administración Municipal, que son las aprobadas previamente por el Concejo.

Estimó con relación al cargo de nulidad del artículo 10 del Acuerdo 03 de 1978, que aun cuando estaba referido a la facultad conferida en el artículo 4o. numeral 6o. literal f), la pretensión de la demanda perseguía la declaratoria de nulidad de los actos del establecimiento público que hubiera podido regular las materias tratadas en el Acuerdo 3o. de 1969, y que quedaron vigentes al expedirse el Acuerdo 03 de 1978. Sin haber demandado tales actos del Fondo de Valorización era improcedente que el Tribunal se pronunciara sobre ellos.

Tampoco evidenció violación de las normas superiores, 197 numeral 5o, 206 y 207 de la Constitución Nacional, por parte del literal e) del mismo artículo 4o., porque debía entenderse que como toda norma que asigna competencias, debía aplicarse conforme a derecho.

No aceptó el cargo de nulidad contra el literal 11) del artículo 4o. en cuanto señaló como funciones de la Junta Directiva del Fondo "....las que la leyes vigentes en materia de valorización le adscriban al municipio para la ejecución de obras por este sistema", porque el término "municipio" no siempre lo utiliza la Constitución o la ley para referirse al Concejo Municipal. Si bien la expresión municipalidad utilizada en el artículo 207 de la Constitución Nacional es realmente equivalente a "Concejos Municipales, ya que tal era la denominación de las Corporaciones antecesoras de los Concejos Municipales", no es válida la premisa de que la expresión "Municipio" sea solo una

manera de denominar el Concejo Municipal, o de que toda actuación del Municipio deba cumplirse por el Concejo respectivo. Concluye que el hecho de que la facultad impositiva radique en el Concejo no implica que toda actuación sobre valorización, u otro tributo cualquiera, radique exclusivamente en esa Corporación.

LA APELACION

El apoderado judicial del Municipio dentro de la oportunidad pertinente apeló la sentencia, no obstante no sustentó el recurso en el término concedido para el efecto, por lo que éste se declaró desierto.

El actor al apelar la sentencia, en el acápite No. 1 Objeto y Límites de la Apelación, dice que el recurso tiene como objeto fundamental, obtener que se revoque el numeral 4o. en su parte motiva para que en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda. Es decir acepta la decisión de primera instancia en sus numerales 1o., 2o., y 3o., pero en relación con el numeral 4o. expone que el Tribunal incurrió en error al interpretar algunos apartes de la demanda:

1. Al asumir, para negar , que el actor pretendía además, la nulidad de otros actos administrativos que ni siquiera se mencionaron en el *petitum* de la demanda, dándole así calidad de pretensión a lo que apenas alcanzó a ser un simple comentario sobre el alcance y magnitud del problema jurídico planteado.

2. Error que también lo llevó a hacer decir a una constancia lo que no dice (error de hecho por suposición) "que (ésta) se refiere a su publicación por bando (como correspondía en esa época), del Acuerdo, y que se trata de un texto incompleto", para más adelante afirmar que la "alegada no publicación del Acuerdo no es materia de esta providencia, ni menos aún la nulidad de actos proferidos por el establecimiento público creado por el Acuerdo".

3. Al atribuir a la pretensión de nulidad parcial del artículo 10 del Acuerdo 03 de 1978 "el alcance de que se declararan nulos los actos del establecimiento público que hayan podido regular las materias tratadas en el Acuerdo 3 de 1969 y que quedaron vigentes al expedirse el Acuerdo 03 de 1978" cuando la demanda solo tiene en ese aspecto la virtualidad de integrar una proposición completa en relación con el anulado literal f) del artículo 4o., y por ello resulta menos extraña la afirmación del Honorable Tribunal, consignado a folio 284, según la cual sin haberse demandado tales actos del Fondo de Valorización es improcedente que el Tribunal se pronuncie sobre ellos para invalidarlos.

Reitera entonces el concepto de violación del literal e) del artículo 4o. del Acuerdo 03 de 1978, ya que estima que dentro del todo armónico que plantea la misma sentencia, el establecimiento público Fondo Rotatorio de Valorización de Pereira, como

organismo técnico de descentralización no podía tener constitucionalmente facultad para afectar el gasto público con la discrecional y decretación de obras que sugiere tal literal, así el fallo le atribuya alcance diverso, máxime cuando este Instituto tiene "como finalidad principal la construcción de las obras que la Administración Municipal de Pereira (léase Concejo Municipal) decida ejecutar por el sistema de valorización.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado especial de la demanda al alegar de conclusión, expone que comparte la decisión del *a-quo*, en cuanto niega la nulidad del literal e) del artículo 4o. del acto demandado mediante el cual se otorga competencia a la Junta Directiva del Fondo de Valorización de Pereira, para decretar las obras que deban ejecutarse por valorización y expedir todos los actos administrativos complementarios para la administración de las contribuciones sin que se violen las normas constitucionales invocadas puesto que:

1. Los establecimientos públicos, dada su propia personería jurídica tienen patrimonio propio y autonomía administrativa con facultad para elaborar, estudiar y aprobar a través de sus órganos, su presupuesto de renta y gastos para cada vigencia fiscal, presupuesto que es diferente del de la entidad territorial de la cual forman parte.

2. Es propio de dichos entes descentralizados, especialmente creados para efectos de ejecutar obras públicas municipales de interés colectivo local o regional, no sólo decretar esos trabajos públicos a ejecutar por el sistema de valorización, elaborando previamente en cada caso los cálculos de gastos e ingresos que se obtendrán de los beneficiados por la obra, para atender así las obligaciones derivadas de la ejecución directa o indirecta de la misma, para lo cual se distribuye su costo en los términos previstos en las normas sobre valorización, entre los propietarios beneficiados, sin que sea necesaria la expedición en cada oportunidad de un Acuerdo particular y menos uno de carácter general, porque esta es una labor eminentemente administrativa aunque no discrecional.

3. El artículo 4o. literal e) del Acuerdo 03 de 1978, ya había sido objeto de demanda y decisión ante la misma Corporación, y su legalidad declarada por el Tribunal y confirmada por el Consejo de Estado.

4. En relación con el pronunciamiento del *a-quo* sobre el artículo 12 que señala la vigencia del Acuerdo, no merese censura alguna al Tribunal por la circunstancia de haber expresado que no obstante que la tal norma parecía ser contraria a normas superiores de derecho vigentes en el momento de su expedición, lo cierto fue que, como se acreditó en el juicio, el acto enjuiciado fue publicado por Bando, una vez que fue sancionado por el Alcalde, además en caso de declararse la nulidad del artículo 12 del Acuerdo en su parte pertinente, ni el acto administrativo deja de existir y de regir, ni

las liquidaciones efectuadas por el establecimiento público a los propietarios de bienes que se han beneficiado de la valorización son nulos de pleno derecho o podrán ser anulados por el juez administrativo.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado no presentó actuación en el juicio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dicen así las normas acusadas de nulidad en la primera instancia:

"Acuerdo No. 3 de 1978.

"Artículo 4. Funciones Específicas de la Junta.- Corresponde a la Junta Directiva:

... "e) Decretar las obras que deban ejecutarse por Valorización y expedir todos los actos administrativos complementarios para la administración de las contribuciones.

"f) Dictar el Estatuto Orgánico de la Contribución de Valorización, determinando los derechos del contribuyente y los recursos que procedan contra los actos administrativos de los organismos del Fondo hasta agotar la vía gubernativa, según proyecto del Director.

"11) Las demás que le fije el Concejo Municipal mediante Acuerdo o que las leyes vigentes en materia de Valorización le adscriban al Municipio para la ejecución de obras por este sistema".

"Artículo 5o. Funciones del Director.

Corresponde al Director del Fondo:

"....d) Presentar a la Junta Directiva los proyectos de Estatuto Orgánico de la Contribución de Valorización y Estatuto del Personal".

"Artículo 10. Vigencia. El Acuerdo No. 3 de 1969 continuará vigente en las partes que no fueren modificadas, hasta que la Junta Directiva del Fondo ejercite la facultad que se le confiere en el Numeral 6o. del artículo 4o. del presente Acuerdo".

"Artículo 12. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

De estas normas el Tribunal solo declaró la nulidad de las expresiones "orgánico de la contribución" del literal f) del artículo 4o. y del literal d) del artículo 5o. y el artículo 12. Luego no prosperaron los cargos contra los literales e) y 11) del artículo 4o. y el artículo 10 del Acuerdo.

Entiende el actor que cuando el Concejo Municipal de Pereira, desconociendo que la valorización como todo tributo debía imponerse conforme lo exigían los artículos 43 y 197 numeral 2o. de la Constitución Nacional, ya que no puede haber tributo sin representación, al atribuir al Fondo la función específica de decretar obras y dictar el Estatuto Orgánico de la Contribución de Valorización, viola los artículos mencionados al ignorar tal principio.

En repetidas oportunidades la Sala ha precisado la diferencias existentes entre la función de crear tributos y la de administrar y recaudar los establecidos previamente por la ley a nivel nacional, por las Ordenanzas a nivel departamental o por los Acuerdos a nivel municipal, atendiendo a los límites que imponen las normas superio-res según se ejerza tal atribución de manera primaria o derivada.

Con relación a la función específica de "dictar el Estatuto Orgánico de la Contribución", se pronunció acertadamente el *a-quo* pues tal labor por ser eminentemente legislativa no podía delegarla el Concejo, pero en lo ateniente a la decretación de obras, por ser simplemente una labor administrativa, es esencialmente delegable en entidades de gestión, especialmente en aquellas establecidas o que se crean para atender cuestiones técnicas específicas de la Administración como es la ejecución de obras públicas locales.

Por ello, en el caso del tributo de valorización, es aceptable la delegación en un órgano para que realice, precisamente, tales cuestiones administrativas como son el cálculo del costo de la obra, incorporando en él no solo el valor de los insumos directos sino también los referentes a los gastos de Administración e imprevistos, distribuya el costo entre aquellos titulares cuyos predios se benefician de la obra, oyéndolos previamente, permitiéndoles su participación, y determinar su distribución atendiendo a la zona de influencia de la obra, la extensión y ubicación del predio, acatando eso sí el sistema y método para establecer costos y beneficios, como la forma de hacer el reparto establecido previamente por el Concejo Municipal.

Ahora bien, cuando el Acuerdo en el literal e) del artículo 4o. autoriza para decretar una obra al establecimiento público, tal atribución como se precisó en la sentencia del 28 de julio de 1989, Expediente 1537, actor Gloria Edith Sánchez Ramírez, Consejero Ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano:

> ..."No envuelve una transferencia o delegación de la función impositiva del Concejo Municipal en materia de contribución de valorización, hacia, o en favor

de la Junta del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal, cuestión que de ser válida implicaría desde luego la violación de las normas superiores invocadas como transgredidas. Empero, tal pretensión resulta infundada por cuanto claramente se desprende del texto del Acuerdo Municipal controvertido, que lo que allí se delega no es dicha atribución impositiva, que la mantiene el Concejo en los términos en que la Constitución y la ley se le otorgan, sino tan solo, la facultad de decretar las obras que deben realizarse utilizando el sistema de valorización.

"No comparte pues, la Sala, la interpretación así realizada por el Tribunal, que sirvió de base a la sentencia impugnada y que toma como punto de partida la consideración de que quien decreta la obra impone la contribución, pues evidentemente, es el Concejo Municipal la entidad que establece el impuesto y lo regula y otro ente del municipio, la Junta de Valorización, quien determina y señala las obras que por dicho sistema habrán de efectuarse. Tratándose de lo primero, no se discute que es en función privativa e indelegable del Concejo y proceder en contra de ello irrogaría quebranto a la norma Constitucional; mas no ocurre lo propio cuando lo que se delega es una mera función ejecutiva como es la de señalar en concreto las obras que se le adelantarán sujetas al pago de las contribuciones establecidas por Acuerdo Municipal en desarrollo de las previsiones legales sobre el referido tributo".

Ciertamente tiene razón el actor cuando afirma que en manera alguna puede el establecimiento público decretar *per se* y con base en la atribución conferida por el artículo 4o. literal e), las obras que a bien tenga de una manera discrecional, porque de esa forma estaría no sólo imponiendo el tributo, facultad impositiva indelegable de la corporación popular, sino contrariando los artículos 197 numeral 5o.; 206 y 207 de la Constitución Nacional, por lo que la Sala mantiene en este aspecto la decisión del *a-quo* entendiendo el literal e) con el límite impuesto en la Constitución y la ley, pues se reitera, que en él se delega una mera función ejecutiva como es la de señalar en concreto las obras que se adelantarán sujetas al pago de las contribuciones establecidas previamente por Acuerdo Municipal en desarrollo de las previsiones legales sobre el referido tributo.

Las restantes peticiones de la demanda están determinadas en el memorial de apelación así:

"Objeto y Límite de la Apelación.

"El Recurso de la Apelación que interpongo contra la sentencia que puso fin a la primera instancia en este proceso, tiene por objeto, en lo fundamental, obtener que se revoque el numeral 4o. de su parte resolutiva para que en su lugar se

> acceda a las demás suplicas de la demanda, como también obtener que se modifiquen algunos conceptos consignados en la parte motiva de la misma".

El artículo 4o. del Acuerdo a fijar las funciones específicas de la Junta Directiva del Fondo enseña en su literal "11").

> "... Las demás que le fije el Concejo Municipal mediante Acuerdo o que las leyes vigentes en materia de valorización le adscriban al Municipio para la ejecución de obras por este sistema".

A juicio de la Sala no podía el Concejo Municipal de Pereira transferir a la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Valorización de manera ilimitada, indiscriminada e imprecisa toda la competencia que en materia de contribución de valorización le asignaron las leyes vigentes al Concejo Municipal, ya que tal delegación de funciones propias del Cabildo Municipal, en tal sentido tan general abarca lo concerniente a la función de decretar tributos (artículo 197 numeral 2o.) que no eran delegables sino en forma *pro-témpore* y precisa en el Alcalde Municipal, conforme en lo previsto entonces en el artículo 197 numeral 7o. de la Carta, como sí lo podía hacer respecto a la prevista en el mismo artículo en su numeral 3o., referida la competencia para asignar funciones a las diferentes dependencias del orden municipal, en este caso, al Fondo Rotatorio de Valorización.

En consecuencia cuando el literal 11) del artículo 4o. transfiere de manera ilimitada e imprecisa al Fondo Rotatorio de Valorización la competencia (sin discriminar), que en materia de valorización le adscriba la ley al municipio, entendiendo esta acepción como Concejo Municipal, violó el ordenamiento superior invocado en la demanda y por ello habrá de retirarse del ordenamiento jurídico.

Con relación al artículo 10 del Acuerdo, a juicio de la Sala, merece su retiro del ordenamiento jurídico como consecuencia de la nulidad que declaró el *a-quo* con relación al termino "estatuto orgánico de la contribución de la valorización".

En efecto dispone el artículo:

> "VIGENCIA.- El Acuerdo No. 3o. de 1969 continuará vigente en las partes que no fueren modificadas, hasta que la Junta Directiva del Fondo ejercite la facultad que se le confiere en el Numeral 6o. del artículo 4o. del presente Acuerdo".

No obstante que la norma se refiere al numeral 6o. del artículo 4o., advierte la Sala que este artículo no tiene numerales sino literales y el 6o. corresponde al "f") entonces, como consecuencia de haber anulado el *a-quo* la expresión "orgánico de la contribución" contenida en los literales f) del artículo 4o. y d) del artículo 5o. carece el Fondo

de competencia para dictar el estatuto en tales términos, y por ende tampoco tiene aptitud para modificar en lo pertinente el Acuerdo 03 de 1969, por lo tanto, el artículo 10 que mantiene la vigencia del Acuerdo 3 de 1969 condicionado al ejercicio por parte de la Junta Directiva del Fondo, de una facultad que no podía atribuirse deberá ser retirado del ordenamiento jurídico como consecuencia de la nulidad del artículo 6o. en la parte pertinente.

Adicionalmente la Sala cree conveniente recordar que el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887 señala que : "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se declarará como insubsistente".

En consecuencia, la sentencia de primera instancia dentro de las precisiones aquí hechas, se revoca en su numeral 4o. y en su lugar se declara la nulidad de los artículos 4o. literal 11), y 10.

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

FALLA:

1.- REVOCASE el numeral 4o. de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el juicio 1660 del 6 de julio de 1992.

2.- En su lugar se declara la nulidad de los artículos 4o. literal 11), y 10 del Acuerdo 003 de 1978 del Concejo Municipal de Pereira.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA/TASA/CONTRIBUCION

En manera alguna puede interpretarse aisladamente el artículo 338, para pretender derivar de él una competencia impositiva de origen primario que no tienen. Este artículo básicamente introduce dos cambios en el aspecto atinente a la facultad de imposición, en armonía con el artículo 150 numeral 10; en primer lugar, restringe la posibilidad de delegar en las autoridades administrativas no representativas del pueblo la competencia exclusiva que en materia de impuestos, tienen el Congreso, la Asamblea y el Concejo Municipal, terminando así la permisión contenida en la Constitución Nacional de 1886 para *"protémpore"* de facultades extraordinarias a los jefes de la Administración para facultar única y restrictivamente tal delegación en lo concerniente a fijación de tasas y aquellas contribuciones que cobren como recuperación del costo los servicios que les presten y en segundo lugar la prohibición de la figura de la retroactividad de las normas de tributos.

IMPUESTO DE PREVISION SOCIAL-Naturaleza/CAJA DE PREVISION

La Ley 4a. de 1966 que creó el impuesto de previsión social tuvo por objeto proveer de nuevos recursos a las Cajas de Previsión para que éstas pudieran cumplir con los objetivos prestacionales para los cuales fueron creadas. Lo cual se reiteró en el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, y se aplica sobre las cuentas y nóminas que paguen las enti-

dades descentralizadas, tributo que debe ser pagado por el beneficiario de la cuenta de cobro o nómina (sujeto pasivo) cuyo monto, constituye la base gravable. No hizo la ley distinción alguna al expresar que "toda cuenta o nómina que paguen por cualquier concepto las entidades allí enumeradas" por lo que debe entenderse toda cuenta de cobro que corresponda a un pago por la adquisición de bienes y servicios por parte de la entidad administrativa, soporta el gravamen, excluyendo aquellas cuentas de cobro o nóminas expresamente exceptuadas por la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., marzo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente *: Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia : Expediente No. 4900 Actor: CARLOS ARTURO ROJAS/DEPARTAMENTO DE SANTANDER. Apelación sentencia del 2 de abril de 1993. Tribunal Administrativo de Santander. Juicio de Nulidad de las Ordenanzas 160 del 23 de diciembre de 1966 y 022 del 11 de diciembre de 1990. Expedidas por la Asamblea Departamental de Santander. IMPUESTO DE PREVISIÓN SOCIAL. **FALLO.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Departamento de Santander contra la sentencia del 2 de abril de 1993, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad propuesto por el señor CARLOS ARTURO ROJAS, contra las Ordenanzas 160 del 23 de diciembre de 1966 y 022 de diciembre 11 de 1990, expedidas por la Asamblea Departamental de Santander.

ANTECEDENTES

Mediante la Ordenanza 160 de diciembre 23 de 1966 (folios 5 a 7 Cdno. ppal.) la Asamblea de Santander creó como renta ordinaria del Instituto de Seguros Sociales la estampilla de previsión social y determinó qué documentos que se expidieran por el Departamento causarían el gravamen y las tarifas a aplicar. Posteriormente en diciembre de 1990, expidió la Ordenanza 022, para modificar las tarifas aplicables de la estampilla inicialmente creada.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Santander acudió el señor CARLOS ARTURO ROJAS para demandar en acción pública la nulidad las citadas ordenanzas al estimar que con su expedición la Asamblea Departamental de Santander violó las

normas superiores contenidas en los artículos 191 de la Constitución Nacional; 98 numeral 2o. y 110 de la Ley 4o. de 1913; la Ley 4a. de 1966; el Decreto Reglamentario 3123 de 1966; la Ley 33 de 1985, artículo 5o.; el Decreto Ley 1222 de 1986, artículo 167 y Capítulo XII, porque si bien el acto legislativo No. 3o. de 1968 en su artículo 56 modificó el artículo 191 de la Constitución Nacional disponiendo que para cubrir los gastos de administración que les correspondan, las Asambleas podían establecer contribuciones, agrega que tal facultad debe hacerse con las condiciones y dentro de los límites que fija la ley. Así también la competencia impositiva que otorga el artículo 43 de la Constitución Nacional a las Asambleas, está limitada por la norma anterior, tal como se precisa en la Ley 4a. de 1913 artículo 97 ordinal 3o., codificado en el Decreto 1222 artículo 62.

Tampoco podía la Asamblea Departamental derivar tal competencia del Decreto 3123 de 1966, que si bien autoriza a los entes que tengan Caja de Previsión Social, a tener para sí el impuesto creado por la Ley 4a., siempre que paguen prestaciones sociales, no obliga a adherir estampillas ni autoriza a las Asambleas para cobrar este tributo a favor del Instituto de Seguros Sociales Departamentales y si lo hiciera también sería vulnerable porque el reglamento no puede exceder lo reglamentado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y declaró nulos los artículos 4o., 5o., parágrafos 1o., y 2o.; 6o., 7o., 8o. y parágrafo; 9o. y parágrafos 1o. y 2o.; 10, 11, 12, 13, 14, 15 y parágrafo; 16, 17 y 18 de la Ordenanza 022 del 11 de diciembre de 1990 expedida por la Asamblea de Santander, denegando las demás pretensiones, al considerar improcedente un fallo sobre la Ordenanza 160 del 23 de diciembre de 1966 por haber sido derogada por el artículo 21 de la Ordenanza 022 de 1990, que reguló íntegramente la materia relacionada con el impuesto de previsión social, eliminando todos los hechos generadores de ese gravamen que no figuren en las normas de la Ordenanza de 1990.

En lo concerniente con la Ordenanza 022 del 11 de diciembre de 1990, estimó infringido el ordenamiento superior invocado por la actora por cuanto, tanto el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1966 como el artículo 167 del Código de Régimen Departamental que establecieron el impuesto de previsión social, que se cobra por medio de estampillas solo se puede aplicar sobre cuentas de cobro y nóminas de la Nación y entidades territoriales, con destino a las Cajas de Previsión respectivas, exceptuándose de tal gravamen las cuentas de cobro por auxilio, devoluciones de impuestos y traspasos de fondos recaudados por unas entidades de derecho público con destino a otras, las cuentas de cobro por prestaciones sociales, las que se formulan entre sí las entidades de derecho público y las de los establecimientos dedicados exclusivamente a la Beneficencia, y la Ordenanza 022 de 1990 excedió la norma superior con amplitud al aplicar el gravamen, ya que al revisar su contenido no

sólo exige el cobro del impuesto a través de la estampilla de Previsión Social a toda cuenta o nómina sino a los actos de posesión, certificaciones, contratos, tornaguías de importación y exportación, resoluciones sobre multas, consultas médicas en los servicios del Instituto de Seguros Sociales, guías de degüello, etc.

LA APELACION

Al interponer el recurso de apelación el apoderado de la demandada califica al Tribunal de incurrir en "falencia al efectuar el silogismo jurídico mediante el cual hizo el juicio de ilegalidad del acto administrativo, porque la base conceptual contenida en el artículo 191 de la Constitución Nacional de 1886 en concordancia con el artículo 43 *ibídem* cerraba la proposición o principio de legalidad del impuesto, a través del cual se daba competencia a la Asamblea Departamental para imponer contribuciones. Estima que de la simple lectura del texto del artículo 167 del Decreto 1222 de 1986 se infiere la facultad de imponer el tributo por parte de la Asamblea, al establecer de manera general que "toda nómina o cuenta que paguen por cualquier concepto...", seguida de una proposición que exceptúa taxativamente las cuentas que no causan el gravamen, y consecuencialmente en ningún momento la Asamblea se extralimitó, porque de manera alguna gravó los hechos exceptuados expresamente por el artículo 167 del Decreto 1222 de 1986.

Alega en segundo término, la legalidad y constitucionalidad sobrevinientes de la Ordenanza en virtud de la nueva Constitución artículos 338, 300, 313, 363, 150 numeral 11 y 154, expedidos ante las dificultades que presentaba el artículo 191 de la Constitución Nacional de 1886, y en virtud de la cual se faculta a los departamentos, para resolver sus problemas de administración, y se les otorga competencia ahora a las Asambleas para imponer contribuciones.

Adicionalmente el proyecto de estatuto de la administración de las entidades territoriales es amplio al facultar a éstos para crear las contribuciones dirigidas a prestar los servicios públicos a su cargo y entonces, la Constitución Nacional como ley reformativa y derogatoria ha convalidado la Ordenanza en mención.

Por último, resalta la conveniencia y necesidad del tributo de previsión social de manera general, como una realidad nacional insustituible y de tradición en el sistema tributario y que la falta de dicho impuesto causaría penuria a muchos afiliados y crearía un caos en la Administración Pública Departamental.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes ni el Ministerio Público presentaron alegato alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son numerosos los pronunciamientos de la Corporación sobre la competencia restringida de las Asambleas Departamentales para crear impuestos, la cual implica necesariamente autorización legal.

Facultad que continúa siendo subordinada a la ley en interpretación armónica de los artículos 150 numeral 12, 338 y 300 numeral 4o. de la Carta Política de 1991.

En manera alguna puede interpretarse aisladamente el artículo 338 como lo hace el apelante, para pretender derivar de él una competencia impositiva de origen primario que no tienen.

Este artículo básicamente introduce dos cambios en el aspecto atinente a la facultad de imposición, en armonía con el artículo 150 numeral 10; en primer lugar, restringe la posibilidad de delegar en las autoridades administrativas no representativas del pueblo la competencia exclusiva que en materia de impuestos, tienen el Congreso, la Asamblea y el Concejo Municipal, terminando así la permisión contenida en la Constitución Nacional de 1886 para revestir "*pro témpore*" de facultades extraordinarias a los jefes de la Administración en lo nacional, departamental o municipal, para facultar única y restrictivamente tal delegación en lo concerniente a fijación de tasas y aquella contribuciones que cobren como recuperación del costo de los servicios que les presten (por ejemplo, energía, teléfono, aseo, etc.), y en segundo lugar, la prohibición de la figura de la "retroactividad" de las normas sobre tributos, al señalar en el inciso 3o. que:

..." Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulan 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".

De otra parte el juzgamiento de un acto administrativo siempre ha de efectuarse frente a las normas superiores que debieran observarse al momento de su expedición, esto son, las entonces vigentes.

La Ley 4a. de 1966 que creó el impuesto de previsión social tuvo por objeto proveer de nuevos recursos a las Cajas de Previsión para que éstas pudieran cumplir con los objetivos prestacionales para los cuales fueron creadas. Lo cual se reiteró en el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, y se aplica sobre las cuentas y nóminas que paguen las entidades descentralizadas, tributo que debe ser pagado por el beneficiario de la cuenta de cobro o nómina (sujeto pasivo), cuyo monto constituye la base gravable.

No hizo la ley distinción alguna al expresar que "toda cuenta o nómina que paguen por cualquier concepto las entidades allí enumeradas", por lo que debe entenderse que toda cuenta de cobro que corresponda a un pago por la adquisición de bienes y servicios por parte de la entidad administrativa, soporta el gravamen, excluyendo obviamente aquellas cuentas de cobro o nóminas expresamente exceptuadas por la ley. Es sujeto activo del gravamen la Caja de Previsión a la cual tuviese afiliado a sus

trabajadores el ente administrativo, o la misma entidad pagadora cuando no los tenga afiliados, siempre que se haya reservado el pago de las prestaciones sociales.

Establecidos por la ley los elementos de la obligación tributaria, especialmente el hecho generador y la tarifa del tributo, ciertamente carecía de competencia la Asamblea de Santander para extenderlo a hechos diferentes o variar la tarifa establecida. No hay duda entonces que cuando impuso el tributo a los actos de posesión, a las copias de documentos oficiales, su autenticación, certificados de paz y salvo, boletas de registro y anotación, contratos y órdenes de trabajo, resoluciones para fijar cuantías de fianzas y garantías, actos administrativos sobre adjudicación de terrenos baldíos o permisos para explotar recursos naturales, inscripción de industrias o laboratorios para suministros de alcohol por parte de la Licorera de Santander, la inscripción de establecimientos privados de enseñanza, guías y tornaguías de importación y exportación, concesiones, resoluciones sancionatorias, pasaportes, guías de degüello y, exorbitantemente, a toda consulta médica en los servicios del Instituto de Seguros Sociales de Santander, violó no sólo los artículos 197 de la Constitución Nacional de 1986, 1o. de la Ley 4a. de 1966, el 167 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986 artículo 62), como claramente lo precisa el *a-quo*, sino que impuso gravámenes, contrariando prohibiciones expresas de la ley (por ejemplo, gravando las guías de exportación).

Entonces, si la Ordenanza en sus artículos 4o. y 5o., sus parágrafos 1o. y 2o; 6, 7, 8 y parágrafo; 9 y sus parágrafos 1o. y 2o.; 10, 11, 12, 13, 14, 15 y su parágrafo; 16, 17 y 18 vulneró el ordenamiento constitucional y legal que ha debido observar, merecía ser retirada del ordenamiento jurídico como claramente lo expresó el *a-quo* en decisión que se confirma en esta oportunidad.

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:

CONFIRMARSE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el juicio 7882 el 2 de abril de 1993.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

BASE GRAVABLE/CONCESIONARIO DE AUTOMOTORES/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 en su parágrafo 2o. conservando el principio general de que la base imponible la integra el total de ingresos brutos, para evitar que una misma base gravable resulte utilizada doblemente para la imposición del tributo y que éste sólo se realice con fundamento en los ingresos reales o efectivos de ciertos intermediarios, como es el caso de los concesionarios de automotores, estableció una excepción a la regla general al preceptuar que la base gravable para tales concesionarios está constituida por los márgenes de ganancia en la venta de los automotores objeto del contrato de concesión, con el entendido, obviamente de que el productor o concedente tributa sobre el total de ingresos brutos recibidos por la venta de automotores a la concesionaria; y esta última únicamente lo hace sobre los márgenes de utilidad obtenidos por la venta de los automotores.

CONCESIONARIO DE AUTOMOTORES/BASE GRAVABLE/INGRESO BRUTO/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La base imponible del impuesto de industria y comercio y complementarios se determina, según el "promedio mensual de ingresos brutos" que por mandato del parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983, en relación con "sus ventas de automotores" sólo están obligados a computar, en dicha base, los beneficios líquidos que re-

porten éstas, aparte de los ingresos brutos por otros conceptos. La excepción se explica, porque es ostensible que los "ingresos brutos" por la reventa de automotores adquiridos por concesión, se perciben, de hecho, por el productor o concedente de los mismos, y no por el concesionario, cuyos ingresos se contraen exclusivamente a los márgenes de utilidades que aquél le permita. No sería razonable, en efecto, que si el concedente vende por "diez" y el concesionario a su turno, por "doce", éste deba declarar y tributar sobre el importe total de la reventa, es decir "doce" no habiendo quedado a su arbitrio, ni la elección el costo más favorable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5240. Actor: AUTOMERCANTIL LTDA. Apelación sentencia de 24 de septiembre de 1993. Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Impuesto de Industria, Comercio y Avisos año gravable de 1986). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., contra la sentencia de 24 de septiembre de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda formulada por la sociedad AUTOMERCANTIL LTDA. Nit No. 860.001.611 en relación con los actos de determinación del impuesto de industria, comercio y avisos del año gravable 1986, vigencia de 1987.

ANTECEDENTES

Previa visita efectuada por funcionarios de la Dirección Distrital de Impuestos (acta 2109 de septiembre 2 de 198 , se le practicó a la sociedad contribuyente la liquidación oficial distinguida con el número 1098 de fecha 5 de diciembre de 1988, en la cual no se tomó como base gravable el total de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior, sino el margen de utilidad obtenido en la venta de automotores. En el acto liquidatorio en cuestión la Administración Distrital de Impuestos consideró que la norma aplicable era el artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 y en manera alguna el parágrafo 2o. *ibídem* referente a la base gravable de los concesionarios de automotores, motivo por el cual impuso la correspondiente sanción por inexactitud (artículo 53 *ibídem*).

Impugnada la liquidación oficial las autoridades de impuestos por medio de la resolución 276 de mayo 26 de 1989 se precisa el alcance del parágrafo 2o. del Acuerdo

21 de 1983 observando que es aplicable al caso de que el concedente (ensambladora) tribute sobre el costo del vehículo y el concesionario sobre el margen de utilidad en la venta de dicho vehículo; lo cual no ocurre en el caso en litigio porque los automotores que vende Automercantil Ltda. no se ensamblan en Colombia y además, el precio que paga la contribuyente por la compra de los vehículos no se encuentra sujeto al impuesto de industria y comercio en Colombia. Señala que ésta es la interpretación que se le debe dar al mencionado parágrafo 2o. del artículo 15 porque de otra manera no habría equidad tributaria y se estarían infringiendo los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983.

Al referirse la resolución 276 a la calidad de concesionario destaca que las credenciales de representación de la DAIMLER BENZ A.G. no se pueden tener como contrato, porque dichos documentos apuntan a que la sociedad actora, es representante en Colombia de la casa matriz extranjera, a más de que la Ley 14 de 1983 no estableció exención o no sujeción para la comercialización de bienes importados.

En síntesis, que la Ley 14 de 1983 grava todo proceso de producción, distribución de bienes y servicios y en tal virtud la sociedad es responsable del pago del impuesto de industria y comercio sobre el total de los ingresos brutos obtenidos en la comercialización de los vehículos de procedencia extranjera. Que si se aceptaran los argumentos de la actora de hecho se estaría dejando de gravar un bien que no tributa impuesto de industria y comercio en el territorio nacional, lo cual generaría una exención no contemplada en la Ley 14 de 1983 (Folios 42/50).

No obstante que la recurrente planteó en la reposición violación del parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 tanto por falta de aplicación como por aplicación indebida, en este punto no fue favorable la decisión de la Administración Distrital de Impuestos. Por este motivo el expediente se remitió a la Junta Distrital de Hacienda para que conociera del recurso de apelación. En esta oportunidad la apelante relievó que Automercantil Ltda. sí tiene el carácter de concesionaria de vehículos, entendiéndose por tal, a la persona que ha obtenido una concesión. Que cuando el Acuerdo 21 de 1983 se refirió a los concesionarios de automotores, lo hizo genéricamente y sin distingo alguno, para indicar aquellos comerciantes de automotores a quienes el productor escogió o seleccionó para la distribución al público, de vehículos de su marca, centrándose en esto, precisamente la concesión o privilegio, que los diferencia de otros que no tienen esa especie de exclusividad.

Por lo demás, el apelante precisó que cuando el parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 habla de "los concesionarios de automotores", no está haciendo excepción alguna referida a vehículos ensamblados en Colombia, o a los que no lo son. Que si el legislador no distinguió, mal puede hacerlo el intérprete, so pretexto de consultar su espíritu, de ahí el aforismo jurídico que dice: "al intérprete no le es dable distinguir donde la ley no lo ha hecho".

porten éstas, aparte de los ingresos brutos por otros conceptos. La excepción se explica, porque es ostensible que los "ingresos brutos" por la reventa de automotores adquiridos por concesión, se perciben, de hecho, por el productor o concedente de los mismos, y no por el concesionario, cuyos ingresos se contraen exclusivamente a los márgenes de utilidades que aquél le permita. No sería razonable, en efecto, que si el concedente vende por "diez" y el concesionario a su turno, por "doce", éste deba declarar y tributar sobre el importe total de la reventa, es decir "doce" no habiendo quedado a su arbitrio, ni la elección el costo más favorable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5240. Actor: AUTOMERCANTIL LTDA. Apelación sentencia de 24 de septiembre de 1993. Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Impuesto de Industria, Comercio y Avisos año gravable de 1986). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., contra la sentencia de 24 de septiembre de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda formulada por la sociedad AUTOMERCANTIL LTDA. Nit No. 860.001.611 en relación con los actos de determinación del impuesto de industria, comercio y avisos del año gravable 1986, vigencia de 1987.

ANTECEDENTES

Previa visita efectuada por funcionarios de la Dirección Distrital de Impuestos (acta 2109 de septiembre 2 de 198 , se le practicó a la sociedad contribuyente la liquidación oficial distinguida con el número 1098 de fecha 5 de diciembre de 1988, en la cual no se tomó como base gravable el total de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior, sino el margen de utilidad obtenido en la venta de automotores. En el acto liquidatorio en cuestión la Administración Distrital de Impuestos consideró que la norma aplicable era el artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 y en manera alguna el parágrafo 2o. *ibídem* referente a la base gravable de los concesionarios de automotores, motivo por el cual impuso la correspondiente sanción por inexactitud (artículo 53 *ibídem*).

Impugnada la liquidación oficial las autoridades de impuestos por medio de la resolución 276 de mayo 26 de 1989 se precisa el alcance del parágrafo 2o. del Acuerdo

21 de 1983 observando que es aplicable al caso de que el concedente (ensambladora) tribute sobre el costo del vehículo y el concesionario sobre el margen de utilidad en la venta de dicho vehículo; lo cual no ocurre en el caso en litigio porque los automotores que vende Automercantil Ltda. no se ensamblan en Colombia y además, el precio que paga la contribuyente por la compra de los vehículos no se encuentra sujeto al impuesto de industria y comercio en Colombia. Señala que ésta es la interpretación que se le debe dar al mencionado parágrafo 2o. del artículo 15 porque de otra manera no habría equidad tributaria y se estarían infringiendo los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983.

Al referirse la resolución 276 a la calidad de concesionario destaca que las credenciales de representación de la DAIMLER BENZ A.G. no se pueden tener como contrato, porque dichos documentos apuntan a que la sociedad actora, es representante en Colombia de la casa matriz extranjera, a más de que la Ley 14 de 1983 no estableció exención o no sujeción para la comercialización de bienes importados.

En síntesis, que la Ley 14 de 1983 grava todo proceso de producción, distribución de bienes y servicios y en tal virtud la sociedad es responsable del pago del impuesto de industria y comercio sobre el total de los ingresos brutos obtenidos en la comercialización de los vehículos de procedencia extranjera. Que si se aceptaran los argumentos de la actora de hecho se estaría dejando de gravar un bien que no tributa impuesto de industria y comercio en el territorio nacional, lo cual generaría una exención no contemplada en la Ley 14 de 1983 (Folios 42/50).

No obstante que la recurrente planteó en la reposición violación del parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 tanto por falta de aplicación como por aplicación indebida, en este punto no fue favorable la decisión de la Administración Distrital de Impuestos. Por este motivo el expediente se remitió a la Junta Distrital de Hacienda para que conociera del recurso de apelación. En esta oportunidad la apelante relievó que Automercantil Ltda. sí tiene el carácter de concesionaria de vehículos, entendiéndose por tal, a la persona que ha obtenido una concesión. Que cuando el Acuerdo 21 de 1983 se refirió a los concesionarios de automotores, lo hizo genéricamente y sin distingo alguno, para indicar aquellos comerciantes de automotores a quienes el productor escogió o seleccionó para la distribución al público, de vehículos de su marca, centrándose en esto, precisamente la concesión o privilegio, que los diferencia de otros que no tienen esa especie de exclusividad.

Por lo demás, el apelante precisó que cuando el parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 habla de "los concesionarios de automotores", no está haciendo excepción alguna referida a vehículos ensamblados en Colombia, o a los que no lo son. Que si el legislador no distinguió, mal puede hacerlo el intérprete, so pretexto de consultar su espíritu, de ahí el aforismo jurídico que dice: "al intérprete no le es dable distinguir donde la ley no lo ha hecho".

Así mismo atacó la sanción por inexactitud impuesta argumentando que su declaración se ciñó en un todo a lo dispuesto por el parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983, pues liquidó el impuesto sobre los márgenes de sus ventas sobre unas bases reales y exactas como lo confirmaron los funcionarios que practicaron la visita.

Examinados los argumentos y documentos allegados al plenario, la Junta Distrital de Hacienda por medio de la resolución 034 de marzo 6 de 1990 desató el recurso de apelación reiterando que las pruebas aducidas por la contribuyente acreditan la calidad de representante que tiene AUTOMERCANTIL LTDA. con respecto a DAIMLER BENZ de Alemania, pero no de ser su concesionario. Que acoge el criterio de la Dirección Distrital del Impuestos en el sentido de que el beneficio consagrado a favor de los concesionarios frente al impuesto de industria y comercio cobija sólo a los concesionarios de productos de producción nacional, pues se trata de la comercialización de automotores nacionales cuya producción y precio está regulado por el Estado, no siendo éste el caso de la sociedad recurrente.

Y como último argumento para confirmar el punto relativo a la determinación de la base gravable (total de los ingresos brutos obtenidos en el año inmediatamente anterior, artículo 15 Acuerdo 21 de 1983) y en manera alguna el margen de utilidad en la venta de automotores (parágrafo 2o. artículo 15 *ibídem*), observa que el parágrafo 2o. en cuestión, excede el marco legal contenido en el artículo 33 de la Ley 14 de 1983 porque el parágrafo 1o. determina el plazo para desarrollar el artículo 33 de la Ley 14 de 1983 (derogado artículo 22 Ley 50 de 1984); y los parágrafos 2o. y 3o. no se refieren a los concesionarios como beneficiarios con base gravable especial. De esta manera quedó agotada la vía gubernativa. (Folios 68/71).

En la demanda ante el Tribunal la actora insistió en que es concesionaria de toda clase de vehículos marca Mercedes Benz producidos por la firma DAIMLER BENZ A.G. de Alemania, de acuerdo con documentos (credenciales de representación), según los cuales la fábrica de Alemania transfiere a Automercantil Ltda., el derecho exclusivo de venta en Bogotá, Cundinamarca, Boyacá, Tolima, etc., y también, que el representante comprará y venderá en nombre propio y por cuenta propia. Así mismo, en el libelo invocó violación del artículo 192 de la Constitución Nacional, en cuanto preceptúa a que las ordenanzas y los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Al respecto señala que el Acuerdo 21 de 1983 entró a regir el 22 de diciembre de 1983 y que en lo que atañe al parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983, no ha sido sustituido, derogado ni suspendido, encontrándose, en consecuencia vigente, gozando por lo mismo de la presunción de legalidad propia de los actos administrativos. En la demanda se cuestionó también la sanción por inexactitud precisándose que existe a primera vista un error o problema

de interpretación del derecho aplicable, pero no de declaración de bases irreales, motivo por el cual debe levantarse la sanción. (Folios 1/20).

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal con fundamento en el concepto rendido por el Procurador Tercero ante esa Corporación, profirió sentencia de mérito accediendo a las súplicas de la demanda porque a su juicio, de acuerdo con las estipulaciones del contrato suscrito con el fabricante Daimler Benz A.G. de Alemania se está frente a un contrato de concesión como modalidad del género descrito como de suministro (artículos 968 y 975 del Código de Comercio) y no frente a un contrato de mandato con o sin representación (artículo 1262 Código de Comercio), por cuanto que para esta figura comercial se requiere de la celebración de uno o más actos de comercio por cuenta de otra. Y en autos figura, según el mencionado contrato, además del plazo que rige la convención, en cuanto a condiciones de compra, suministro y pago que "el representante comprará y venderá en nombre propio y por cuenta propia". (Folios 211/221).

RECURSO DE APELACION

La Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., por medio de apoderado judicial impugna la decisión del *a-quo* reiterando la interpretación dada por las autoridades distritales de impuestos a la aplicación del parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 sobre la base gravable de los concesionarios de automotores, la cual se sintetiza así:

1o.- Que el concesionario tributa sobre el margen de ganancias debido a que el impuesto que se cancela sobre el costo del vehículo lo paga la ensambladora. Que como en el caso de la actora los vehículos no se ensamblan en Colombia, por este motivo quedaría sin pagar el impuesto de industria y comercio sobre el precio que paga la contribuyente por la compra del vehículo.

2o.- Que el espíritu del legislador fue el de establecer un tratamiento preferencial para los concesionarios que comercializan automotores cuya producción y precio está regulado por el Estado; y que si ello es así, mal podría aceptarse la calidad de concesionario para efectos de la tasación del impuesto de industria y comercio para una sociedad que comercializa vehículos que no son de producción nacional.

3o.- Que las credenciales de representación de la DAIMLER BENZ A.G. no se pueden tener como contrato según la legislación colombiana porque estos documentos apuntan a que la sociedad actora es representante en Colombia de la casa matriz extranjera, es decir, no se pueden considerar como contratos de concesión. Además observa que la Ley 14 de 1983 no estableció exención o no sujeción para la comercialización de bienes importados.

4o.- Por último, que la Ley 14 de 1983 grava todo el proceso de producción y distribución de bienes y servicios, pues en el asunto bajo estudio Automercantil Ltda.

es responsable de impuesto de industria y comercio sobre los ingresos brutos obtenidos de la comercialización de los vehículos de producción extranjera, toda vez que si se aceptaran los argumentos de la actora, de hecho se estaría dejando de gravar un bien que no tributa en materia de industria y comercio en ninguna parte del territorio nacional, lo cual generaría una exención no contemplada en la Ley 14 de 1983.

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSION

En primer lugar, descorre el traslado la apoderada judicial de la sociedad actora quien se opone a los argumentos esgrimidos por la parte demandada precisando que ésta olvida las importantes consideraciones del Tribunal y del señor Fiscal ante esa Corporación quienes mediante un análisis jurídico del contrato aportado al proceso, llegaron a la conclusión de que de acuerdo con los artículos 968 y 975 del Código de Comercio la actora tiene el carácter de concesionaria de la firma Daimler Benz A. G. de Alemania. Y en cuanto al otro aspecto en que se fundamenta la sentencia, es decir el tratamiento preferencial para los concesionarios de vehículos (parágrafo 2o. artículo 15 Acuerdo 21 de 1983) cuyo espíritu es favorecer exclusivamente a los concesionarios de vehículos de producción nacional, relieva que al leer la norma mencionada, ni de su texto ni de su contexto se infiera que ésta tenga un carácter restrictivo de favorecer a concesionarios de vehículos nacionales. De lo anterior concluye que se debe tener en cuenta la máxima de interpretación consistente en "Donde el legislador no distingue no le es dable al intérprete distinguir". Por lo expuesto, el opositor ratifica los fundamentos de la demanda los cuales recoge la sentencia respecto a la cual pide se confirme en su integridad. (Folios 247/250).

En segundo lugar, accede en esta instancia la señora Delegada Sexta de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación para referirse primero al argumento del apelante en el sentido de que el parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 tan solo es aplicable a los concesionarios de las ensambladoras que funcionan en el país y para los vehículos de producción nacional. Señala al respecto la Delegada de la Procuraduría que frente al artículo 27 del Código Civil (cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu) dada la claridad del parágrafo 2o. en cuestión no permite hacer distinciones no autorizadas. Por lo tanto, estima que esta norma es aplicable sin distinción alguna a concesionarios de fabricantes de automotores nacionales o extranjeros.

En segundo lugar avoca el punto referente a que de acuerdo con los documentos aportados, en su concepto sí se configura claramente un contrato de concesión aludiendo a los puntos de vista que sustentan la sentencia sobre este tópico, no viendo razón alguna para negarle a Automercantil Ltda. la calidad de concesionaria y el derecho a que la base gravable del impuesto de industria y comercio por esta actividad (venta de automotores) se determine por el cálculo de los márgenes de sus ventas con

relación al costo del producto importado. En consecuencia, auspicia la confirmación de la sentencia apelada (Fls. 251/257).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esta instancia el apelante básicamente plantea que el caso de la importación de automotores no es aplicable la excepción prevista en el parágrafo segundo del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983, independientemente de que la sociedad actora tenga o no la calidad de concesionaria, pues señala que "el concesionario tributa sobre el margen de ganancias porque el impuesto que se cancela sobre el resto del vehículo lo paga la ensambladora, lo cual en este evento no se lleva a cabo, puesto que dichos automotores no son ensamblados en Colombia, por lo que el precio que paga el contribuyente por la compra del vehículo, no se encuentra sujeto al impuesto de industria y comercio" (folio 241).

Pues bien, analizando las normas que regulan el impuesto de industria y comercio se establece que la norma general del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 es concordante con el artículo 33 de la Ley 14 de 1983 y con el artículo 196 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), en cuanto preceptúa que el impuesto de industria y comercio se liquida con base en el total de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior.

No obstante lo anterior, el mismo artículo 15 en su parágrafo 2o., conservando el principio general de que la base imponible la integra el total de ingresos brutos, para evitar que una misma base gravable resulte utilizada doblemente para la imposición del tributo y que ésta sólo se realice con fundamento en los ingresos reales o efectivos de ciertos intermediarios, como es el caso de los concesionarios de automotores, estableció una excepción a la regla general al preceptuar que la base gravable para tales concesionarios está constituída por los márgenes de ganancia en la venta de los automotores objeto del contrato de concesión, con el entendido, obviamente de que el productor o concedente tributa sobre el total de ingresos brutos recibidos por la venta de automotores a la concesionaria; y esta última únicamente lo hace sobre los márgenes de utilidad obtenidos por la venta de los automotores.

De manera pues, que siendo este el sentido que informa la excepción establecida en el parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983 respecto a la conformación de la base gravable para los concesionarios de automotores, siempre y cuando los productores o concedentes tributen con el impuesto de industria y comercio sobre el total de los ingresos brutos recibidos por la venta de automotores efectuada a la concesionaria, estima la Sala que la mencionada excepción a la regla general no se da en el caso de Automercantil Ltda., porque el fabricante o concedente de la firma DAIMLER BENZ A.G. de Alemania no tributa con el impuesto de industria y comercio sobre el valor de venta de los automotores que la firma concesionaria importa.

Por lo demás, cabe anotar que en otras oportunidades la Sala se ha referido a la aplicación de la excepción prevista en el parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983, por lo cual se ilustra con la transcripción de la parte pertinente del fallo de noviembre 23 de 1990 en el cual se dijo:

> "Según el artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983, la base imponible del impuesto de industria, comercio y complementarios, se determina, según el "promedio mensual de ingresos brutos" que, por mandato del parágrafo 2o. *ibídem*, en relación con "sus ventas de automotores", sólo están obligados a computar, en dicha base, los beneficios líquidos que reporten éstas, aparte de los ingresos brutos por otros conceptos".
>
> "La excepción se explica, porque es ostensible que los "ingresos brutos" por la reventa de automotores adquiridos por concesión, se perciben, de hecho, por el productor o concedente de los mismos, y no por el concesionario, cuyos ingresos se contraen exclusivamente a los márgenes de utilidades que aquél le permita".
>
> "No sería razonable, en efecto, que si el concedente vende por "diez" y el concesionario, a su turno, por "doce", éste deba declarar y tributar sobre el importe total de la reventa, es decir, "doce", no habiendo quedado a su arbitro, ni la elección del costo más favorable, ni la opción del mejor precio de reventa". (Expediente No. 2641, actor: Carco Ltda. Consejero Ponente: Doctora Consuelo Sarria O.).

En consecuencia, la Sala habrá de revocar la sentencia proferida por el Tribunal porque considera que la Dirección Distrital de Impuestos mediante los actos acusados determinó correctamente la base imponible de la actora, es decir sobre el total de los ingresos brutos recibidos por la venta de automotores, y no por los márgenes de utilidad en dichas ventas como lo pretendía Automercantil Ltda., aduciendo su calidad de concesionaria de la firma Daimler Benz A.G. de Alemania y en tal virtud se le aplicará la excepción prevista en el parágrafo 2o. del artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983.

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

FALLA:

1o.- Revócase la sentencia de 24 de septiembre de 1993 proferida en el juicio No. 7829 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos administrativos de determinación del impuesto de industria y comercio y avisos a cargo de AUTOMERCANTIL LTDA. Nit. 8-60-001.611 correspondientes al año gravable 1986, vigencia de 1987.

2o.- Como consecuencia de lo anterior, deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

SECCION QUINTA

ALCALDE-Inhabilidades/**EMPLEADO OFICIAL/SUSPENSION PROVISIONAL/HERMENEUTICA JURIDICA/FUNCIONARIO DE HECHO**

La norma que se aduce violada de modo ostensible con el acto de elección no distingue si el desempeño del empleo oficial, dentro del término allí precisado, es de Iure o de Facto. -Se limita a postular el desempeño de la función pública como factor inhabilitante cuando se presenta dentro del término de tres (3) meses anteriores a la elección. Entonces, como la ley no distingue no le es permitido al juzgador hacer distinciones según lo predica la hermenéutica jurídica. Pero, además, a la conclusión dicha se llega por mera lógica sin necesidad de elucubraciones o análisis. Absurdo sería, por decir lo menos, que la inhabilidad sólo fuera aplicable a los empleados oficiales en ejercicio legal de la función, consagrando en contrario una situación de privilegio en favor de los de hecho. Como el demandado fue declarado electo alcalde por efecto de los comicios verificados el 12 de septiembre de 1993 ese acto contraría de modo flagrante la norma invocada, toda vez que aquel desempeñó dentro de los tres meses anteriores a esa fecha el empleo de alcalde municipal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., enero trece (13) de mil novecientos noventa y cuatro(1994).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 1090. Actor: *Otoniel Parra Trujillo.*

Del modo dispuesto en el inciso último del artículo 155 del C.C.A., subrogado por el Art. 33 del Decreto-Ley 2304 de 1989, es decir, de plano, procede la Sala a decidir la apelación interpuesta, mediante apoderado, el Sr. Luis Arturo Mosquera Salas contra el auto de fecha octubre 12 de 1993, proferido por el H. Tribunal Administrativo del Huila, pero solo en cuanto por el ordinal quinto de su parte resolutiva decretó la suspensión provisional de la elección del precitado recurrente como alcalde de Tello.

ANTECENDENTES

I.- De la solicitud de suspensión provisional.

En aparte de la demanda, que el abogado Otoniel Parra Trujillo en su propio nombre propuso para solicitar la declaratoria de nulidad del acto de elección del Sr. Luis Arturo Mosquera Salas como alcalde de Tello para el resto del período que culmina el 31 de diciembre de 1994, impetró la suspensión provisional del acto acusado tomando fundamento en la previsión contenida en el literal e), artículo 5o. de la Ley 78 de 1986. -Al respecto sostuvo que el citado Mosquera Salas estaba inhabilitado para ser elegido alcalde en los comicios realizados el 12 de septiembre de 1993, por cuanto se desempeñó como alcalde de Tello hasta el 25 de julio de 1993, o sea, dentro de los seis meses anteriores a la elección.-

Invoca tambien el Art. 13 de la aludida Ley 78 de 1986, que prevé lo concerniente a las faltas absolutas y temporales de los alcalddes, y el 8o. de la Ley 49 de 1987, reglamentario de la forma como se debe cubrir la vacante dejada por falta absoluta de alcalde.-

II.- El *a-quo* acogió el pedimento de suspensión provisional tomando apoyo en lo dispuesto en el literal e), artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, conforme quedó la norma luego de modificada por el artículo 1o. de la Ley 49 de 1987, parágrafo segundo.- Consideró, al efecto, que dicha disposición inhabilita para ser elegido alcalde a quien haya ocupado cargo oficial dentro de los tres meses anteriores a la elección.-

III.- Fundamentos del recurso.-

Sostiene el apelante que el Sr. Mosquera Salas fue solo alcalde de facto del municipio de Tello hasta el 25 de julio de 1993, pues al declarar nula la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la elección de alcalde que aquel obtuvo en los comicios del 8 de marzo de 1992 para el período comprendido entre del 1o. de junio de ese año y el 31 de diciembre de 1994, según doctrina reiterada es de entender que esa declaración de nulidad produjo sus efectos a partir de la fecha de expedición del acto invalidado, el cual desde entonces "...desaparece de la vida jurídica...".-

No se ha analizado y ni siquiera mencionado en la providencia recurrida, agrega, si la inhabilidad invocada por el actor se aplica solo a los funcionarios que tienen investidura regular "... y no a los funcionarios de hecho (de facto)...", de lo cual nace una incongruencia de puro derecho que deja sin piso la afirmación del *a-quo*, según la

cual "... basta con hacer la comparación entre la norma que se dice quebrantada y el nuevo acto que declaró la elección del ciudadano LUIS ARTURO MOSQUERA SALAS ...".- Concluye afirmando que por la trascendencia del asunto se lo debe resolver en la sentencia, imponiéndose la revocatoria del decreto de suspensión provisional.-

Para resolver.

SE CONSIDERA:

Conforme a lo previsto en el Art. 152 del C.C.A., subrogado por el Art. 31 del Decreto Ley 2304 de 1989, la suspensión provisional de un acto administrativo prospera, tratándose de acción de simple nulidad, cuando se da manifiesta infracción de alguna de las disposiciones invocadas en apoyo de la medida, detectable por confrontación directa o de los documentos públicos aducidos con la solicitud.

En el caso de autos la norma tomada en cuenta en el *a-quo* para fundamentar la medida es el literal e), artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, conforme quedó la norma luego de modificada por el Art. 1o., parágrafo segundo de la Ley 49 de 1987.- En realidad, apoyó la suspensión provisional en postulado según el cual la inhabilidad resulta para " ... quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial...".-

El actor no adujo esa situación sino la de quien "... Dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial ...", contenida en el original literal e) del Art. 5o. de la Ley 78 de 1986.- Empero, la diferencia en el contenido de la norma no es obstáculo para la confrontación que con ella corresponde efectuar para ver de establecer si el acto acusado la ha violado de modo manifiesto, detectable *prima facie*, pues lo legalmente exigido es la solicitud y sustentación de la medida, así el texto que se transcriba no corresponda integralmente con el de la disposición vigente.-

En el caso de autos la norma según el actor es mayormente restricitiva, pues extendía la inhabilidad para ser elegido alcalde a quien dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección se hubiera desempeñado como empleado oficial, en cambio, la disposición luego de su modificación por el Art. 1o. de la Ley 49 de 1987 reduce la inhabilidad a quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección hubiera desempeñado empleo oficial.- Por ende, como menos restrictiva y en razón de su preciso señalamiento, la aplicación dada por el *a-quo* a la disposición resulta pertiente.

En lo que atañe al fundamento mismo del recurso, basta observar que **la norma que se aduce violada de modo ostensible con el acto de elección no distingue si el desempeño del empleo oficial, dentro del término allí precisado, es de Iure o de Facto.- Se limita a postular el desempeño de la función pública como factor inhabilitante cuando se presenta dentro del término de tres (3) meses anteriores a la elección.- Entonces, como la ley no distingue no le es permitido al juzgador hacer distinciones según lo predica la hermenéutica jurídica.**

Pero, además, a la conclusión dicha se llega por mera lógica, sin necesidad de elucubraciones o análisis.- Absurdo sería, por decir lo menos, que la inhabilidad sólo fuera aplicable a los empleados oficiales en ejercicio legal de la función, consagrando en contrario a una situación de privilegio en favor de los de hecho.-

Entonces, **como el demandado fue declarado electo alcalde de Tello por efecto de los comicios verificados el 12 de septiembre de 1993 ese acto contraría de modo flagrante la norma invocada, toda vez que aquel desempeñó dentro de los tres meses anteriores a esa fecha el empleo de alcalde municipal.**- Consiguientemente, la decisión recurrida habrá de confirmarse.-

Por lo expuesto el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del acto declaratorio de la elección del Sr. Luis Arturo Mosquera Salas como alcalde de Tello (Huila).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Este proveido fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.-

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SECUESTRE- Entrega del Bien /**RECURSO DE APELACION-** Improcedencia

El recurso de apelación -lo ha reiterado la Sala- se sustenta en el cuestionamiento de los motivos que indujeron al juez a dictar la providencia cuestionada; su finalidad es la de corregir eventuales errores judiciales, constituyendo verdadero desarrollo del principio procesal de la doble instancia. Pero el conocimiento, estudio y decisión de la impugnación está sujeta a que la providencia (sentencia o auto) sea pasible del recurso, es decir, que proceda la apelación. En el caso *sub-exámine* este aspecto implica remitirse a la norma que determina los casos en los que procede la proposición del recurso, para confrontarla con el auto objeto de inconformidad. El apoderado de la ejecutada impugnó el numeral 5o. de la parte resolutiva del auto de 6 de septiembre de 1993, con el cual el *a-quo*, apoyándose en al acta visible a foja 164, concluyó que no cabía ordenar la entrega del bien por parte del secuestre puesto que al dar el representante legal de la ejecutada parte del bien gravado, era porque había recibido la totalidad del inmueble. El auto recurrido no es apelable. En efecto, el artículo 1o. numeral 169 del Decreto 2282 de 1989, modificatorio del Art. 351 del C. de P.C., no enumera el proveído en cuestión entre los eventos en los procede ese recurso. Tampoco hay disposición especial que lo señale como apelable. Por ello se impone rechazar por improcedente el que motiva la alzada, exonerándose la Sala del estudio de la cuestión planteada por el impugnante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C., enero catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0366. Partes: Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín (INVAL) C/ MUNICIPIOS **ASOCIADOS DEL VALLE DE ABURRA.**

Por el recurso subsidiario de apelación, interpuesto por el apoderado de los Municipios Asociados del Valle de Aburrá, parte ejecutada, se conoce del auto calendado a 6 de septiembre de 1993, obrante a folio 168 del expediente.- Tramitada la segunda instancia se resuelve lo que corresponde en derecho, teniendo en cuenta los siguientes

ANTECENDENTES:

Con resolución sin número del 31 de agosto de 1989, el jefe del Departamento de Tesorería del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín declaró deudora a Municipios Asociados del Valle de Aburrá en la cantidad de $ 21.423.376.27.- Con fundamento en ese reconocimiento. El Grupo de Ejecuciones Fiscales del "INVAL" libró mandamiento de pago mediante auto datado a 11 de septiembre del mismo año, el cual se notificó a la ejecutada por conducto de su representante legal.-

Con el carácter de medida cautelar se ordenó el embargo y secuestro del bien denunciado, orden judicial la última cumplida con asistencia de auxiliares de la justicia que efectuaron el avalúo del bien gravado, el cual una vez en firme dio lugar a la sentencia de remate.

El funcionario ejecutor, de conformidad con el Art. 537 de C. de P.C., en auto fechado a 27 de agosto del presente año declaró la terminación del proceso y decretó la cancelación del embargo existente sobre el bien afectado (fl. 149).-

Ejecutoriado éste proveido ordenó levantar la medida de secuestro, dispuso que el secuestre en término rindiera cuentas y además expresó:

"5. Según consta a folios ciento sesenta y cuatro (164) el demandado dio por recibido el inmueble, toda vez que realizó entrega del mismo a la Empresa de Transporte masivo del Valle de Aburrá, mediante el acta de Recibo de Propiedad No. 745 de julio 30 de 1993, firmada por el Representante Legal de Municipios Asociados del Valle de Aburrá".

Contra esta última determinación el apoderado de la ejecutada interpuso reposición y en subsidio apelación, reclamando su revocatoria para que se disponga la entrega total del inmueble por parte del secuestre, argumentando que "para el caso resulta contradictorio que el despacho acepte la entrega del inmueble de parte M.A.S.A. a la ETMVA, cuanto M.A.S.A. ni siquiera había recibido el bien de manos del secuestre".-

Aduce, además, que debió requerírsele para expresar su conformidad con la entrega, en la aplicación de lo postulado en el Art. 599 del C.P.C.-

Para denegar la reposición sostuvo el *a-quo* que conforme al acta 745 del 30 de julio de 1993 el representante legal de la entidad deudora hizo manifestación tácita de haber recibido la totalidad del bien secuestrado, lo que le permitió disponer de éste a espaldas del ejecutante.-

La apelación, subsidiariamente interpuesta y concedida, la fundamenta el apoderado de la parte ejecutada aludiendo a la institución del secuestro como figura contractual y acto procesal, para reiterar que la entrega debe ordenarse para así enmendar los errores que por negligencia e incumplimiento de las disposiciones sustantivas y procesales cometió el juez, violando el debido proceso.-

CONSIDERACIONES:

El recurso de apelación -lo ha reiterado la Sala- se sustenta en el cuestionamiento de los motivos que indujeron al juez a dictar la providencia cuestionada; su finalidad es la de corregir eventuales errores judiciales, constituyendo verdadero desarrollo del principio procesal de la doble instancia. -Pero el conocimiento, estudio y decisión de la impuganción está sujeta a que la providencia (sentencia o auto) sea pasible del recurso, es decir, que proceda la apelación- En el caso *sub-exámine* este aspecto implica remitirse a la norma que determina los casos en los que procede la proposición del recurso, para confrontarla con el auto objeto de inconformidad.

El apoderado de la ejecutada impugnó el numeral 5o. de la parte resolutiva del auto de 6 de septiembre de 1993 (fl.168), con el cual el *a-quo*, apoyándose en el acta visible a foja 164, concluyó que no cabía ordenar la entrega del bien por parte del secuestre puesto que al dar el representante legal de la ejecutada parte del bien gravado, era porque había recibido la totalidad del inmueble.-

Pero al margen de esa consideración estima la Sala que **el auto recurrido no es apelable.- En efecto, el artículo 1o., numeral 169 del Dto. 2282 de 1989, modificatorio del Art. 351 del C.P.C., no enumera el proveído en cuestión entre los eventos en los que procede ese recurso.- Tampoco hay disposición especial que lo señale como apelable.- Por ello se impone rechazar por improcedente el que motiva la alzada, exonerándose la Sala del estudio de la cuestión planteada por el impugnante.-**

Es de observar que habiéndose dispuesto la terminación del proceso mediante proveído de fecha 27 de agosto de 1993 (fl. 149) dicho auto, apelable en aplicación del numeral 7o., inciso 2o., del Art. 351 del Código de Procedimiento Civil, se ejecutorió con fecha septiembre 3.- En cambio, la consideración que motiva el disentimiento, por amplia que sea la interpretación del numeral 7o. citado, no admite la procedencia de la

apelación por cuanto no versa con la terminación del proceso, ya definida, ni con el levantamiento de las medidas cautelares, que respecto del embargo se dispuso con auto de fecha agosto 27, y del secuestro y la rendición de cuentas en los numerales 1 al 4 del auto de septiembre 6 no recurridos.-

Con mayores veras cuando el criterio seguido en el Código Procesal Civil vigente, a diferencia de lo que ocurría con la anterior codificación procesal civil según la cual eran apelables todos los autos interlocutorios, es que la procedencia del recurso en cuestión sólo, se da en los casos enumerados en el citado Art. 351 y en " ... los demás expresamente señalados en este código ... ", de donde resulta su condición eminentemente restrictiva.-

A mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Rechazar por improcedente, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutada, la Asociación de Municipios del Valle de Aburrá (MASA), contra el auto de fecha 6 de septiembre de 1993, proferido por la Oficina de Ejecuciones Fiscales del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE A LA OFICINA DE ORIGEN.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).-

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren De La Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL/EXCEPCIONES PREVIAS-Improcedencia

Tratándose de una excepción que tiene el carácter de previa, puesto que con ella no se busca contrarrestar las pretensiones de la demanda, su formulación es improcedente en los procesos contencioso administrativos por expresa derogación del artículo 163 del C.C.A.

ACCION ELECTORAL-Régimen Aplicable/**AUTO ADMISORIO DE DEMANDA/ENTIDAD PUBLICA**-Representante Legal/**NOTIFICACION**-Improcedencia/**NOTIFICACION POR EDICTO/NOTIFICACION**-Improcedencia/**NORMA ESPECIAL/INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO**

El presente proceso se ha instaurado con base en la acción pública electoral, que se rige por normas de procedimientos especiales según está dispuesto en el artículo 233 del C.C.A., precepto que dispone notificar por edicto el auto admisorio de la demanda y en forma personal al Ministerio Público y al nombrado o elegido por "...Junta, Consejo o Entidad Colegiada..." quedando así integrado al contradictorio, como ha ocurrido en el *sub-lite* en que el auto admisorio de la demanda se notificó por edicto y personalmente al demandado y al Procurador Delegado, no siendo obligatoria la notificación personal de dicho auto al Representante Legal de la entidad pública afectada con la demanda, pues el citado artículo 233 del C.C.A., nada dice al respecto. Razón tuvo el *a-quo* al señalar que es una norma de carácter general, lo cual se ajusta enteramente a las previsiones del artículo 2o. de la Ley 153 de 1887 estatuto que consagra las "Reglas Generales sobre validez y aplicación de las leyes".

PROCESO ELECTORAL /PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA-Improcedencia

La oportunidad que tiene la parte demandada para pedir pruebas en el proceso electoral, está referida a la contestación de la demanda conforme al artículo 223 numeral 4o. del C.C.A.; y la de decretar las que soliciten las partes y las que de oficio considere el conductor del proceso, está indicada en el artículo 234 *ibídem*. A lo anterior se agrega el hecho de que en la segunda instancia no existe legalmente consagrada oportunidad alguna para decretar pruebas.

PROYECTO DE ORDENANZA-Sanción/**MUNICIPIO**-Creación/**MUNICIPIO DE SANTIAGO**-Inexistencia/**GOBERNADOR**-Facultades/**ALCALDE ENCARGADO**-Nombramiento/**MUNICIPIO**-Inexistencia/**NULIDAD ELECTORAL**

La creación de todo municipio debe necesariamente sustentarse en una ordenanza, cuyo carácter y denominación jurídicos solamente se adquieren con la sanción ejecutiva, pues conforme al artículo 81 del Decreto 1222 de 1986 es este acto el que imprime al proyecto enviado por la Asamblea la calidad de Ordenanza. Es un hecho comprobado que el proyecto de ordenanza mediante el cual se pretendía crear el municipio de Santiago por la Asamblea Departamental de Antioquia, sufrió los tres debates reglamentarios conforme al artículo 75 del Decreto 1222 de 1986 según lo informa la Directora Jurídica de la Gobernación de Antioquia y el Secretario General de la Duma. Pero tambien está demostrado que dicho proyecto no adquirió el carácter de Ordenanza, de conformidad con el artículo 81 *ibídem*, en razón a que no fue sancionado por el Gobernador en la época, sino objetada por él por no reunir los requisitos legales. Devuelto a la Asamblea por el Gobernador, no existe constancia que se hubiere insistido en el Proyecto como tampoco de que éste y sus objeciones hubieren sido enviados al Tribunal Administrativo del Departamento para decidir definitivamente sobre su exequibilidad, según previsión del artículo 80 del citado Estatuto. Siendo claro que en la Constitución anterior, como en la actual, se atribuye a las Asambleas Departamentales la facultad de crear municipios mediante ORDENANZAS, resulta incontrovertible en el *sub-lite* que el proyectado municipio de Santiago nunca nació a la vida jurídica sencillamente porque no existe acto administrativo que lo haya creado. En estas condiciones el Gobernador del Departamento en cumplimiento del artículo 40 transitorio de la Carta, que precisamente se refiere a la creación de municipios, no podía hacer el nombramiento de alcalde de un ente territorial inexistente, y en consecuencia resulta nulo el acto acusado, por lo que habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C., enero diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 1066. Actor: JAIME ALONSO CANO MARTINEZ Y OTRO.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el Procurador 32 en lo judicial, el demandado y la apoderada del Departamento de Antioquia contra la sentencia de fecha 2 de agosto de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES:

1.- Jaime Alonso Cano Martínez y Luis Hernando Mejía Mejía alcaldes, respectivamente, de los municipios de Santo Domingo y Yolombó, a través de apoderado formularon demanda para que se declare nulo el acto de provisión del cargo de Alcalde encargado del municipio de Santiago recaído en el señor Aníbal de J. Restrepo Higuita, contenido en el artículo 1o. del Decreto 3928 de 21 de diciembre de 1992 expedido por el Gobernador de Antioquia.

2.- Narran los demandantes que del municipio de Santo Domingo hace parte el corregimiento de Santiago el cual no ha sido creado como Municipio en la forma prescrita por la Constitución y los Códigos Departamental y Municipal, por lo que no existe como tal tampoco el cargo de Alcalde de dicha localidad.

El acto acusado se dictó en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 40 transitorio de la Contitución Política según el cual "Son válidas las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990", dando por supuesta la creación del Municipio de Santiago antes de la fecha indicada. Pero tal afirmación no corresponde a la realidad ya que el Proyecto de Ordenanza No. 80 (sic) de 1989 de creación del Municipio de Santiago, fue objetado por ilegalidad por el Gobernador del Departamento quien lo devolvió a la Asamblea y fue archivado.

Con posterioridad no ha sido presentado, aprobado y sancionado nuevo proyecto, de donde se desprende que el Municipio de Santigo no fue creación hecha por la Asamblea Departamental antes del 31 de diciembre de 1990, ni los municipios de Santo Domingo y Yolombó han sufrido segregación de su territorio.

El Alcalde encargado cuyo nombramiento se demanda, ha de ejercer el cargo en jurisdicción de los alcaldes de Santo Domingo y Yolombó y no en reemplazo de alguno de los titulares por causa de falta absoluta o temporal lo cual cercena las competencias propias de los legítimos titulares. Además en el acto acusado se hace el nombramiento de Alcalde encargado para que ejerza funciones mientras el proyectado municipio "... inicia vida jurídica en fecha que no compete al Gobernador del Departamento disponer, porque esa competencia es privativa de la Asamblea Departamental". (fl. 16).

El señor Restrepo Higuita fue encargado de una alcaldía que no existe, para un municipio que no ha sido creado, por lo que se trata de un empleo sin funciones determinadas en la ley.

3.- Los actores citan como infringidos por estos hechos los artículos 3, 122, 311, 312, 314, 315, 316, 318, 300 numeral 6 de la Constitución Política y su artículo 40 transitorio. Los artículos 72, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 94, 95 y 96 del Decreto 1222 de 1986. El artículo 13 de la ley 78 de 1986. Los artículos 5 numeral 4, 8, 9, 13, numeral 5, 14, 18, 26, 27, 128, 129, 130, y 131 del Decreto 1333 de 1986. Y el artículo 249 del Código de Régimen Político y Municipal.

En el concepto de la violación aducen que ningún fincionario tiene facultades diferentes a las que expresamente le han sido asignadas con arreglo a la Constitución.

Que la creación de municipios y la segregación de territorios es competencia privativa de las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas con sujeción a los requisitos que señala la ley. Que la ordenanza no es un acto simple sino complejo y que si objetado el proyecto por el Gobernador la Asamblea no se insiste en él, se extingue como proyecto y no cobra ningún efecto legal.

4.- En el mismo libelo demandatorio fue solicitada la suspensión provisional del acto acusado, medida que no fue decretada por el Tribunal de Instancia. Apelada esta decisión fue confirmada por el Consejo de Estado en proveído de fecha 3 de mayo de 1993.

5.- El Señor Aníbal de J. Restrepo Higuita en escrito visible de folios 68 a 73 señala que la razón por la cual se opone a las pretensiones de la demanda radica en la interpretación que se debe dar al artículo 40 transitorio de la Carta Política, explicando que lo que quiso la norma "... fue convalidar o hacer viable el querer de las Asambleas Departamentales que habían aprobado la creación de municipios, pero creaciones no aprobadas por el Ejecutivo porque sí estaban aprobadas y, consecuencialmente, las respectivas ordenanzas ya habían sido sancionadas para nada iría a servir el artículo 40 transitorio". (fl. 69).

Anota que dicho artículo no establece que la creación de esos minicipios haya sido hecha por ordenaza o no, por lo que no le es dado al intérprete distinguir lo que el legislador no ha expresado.

Considera que el gobernador hizo bien al reconocer que con el Proyecto de Ordenanza No. 80 de 1989 aprobado por la Asamblea Departamental, sumado al artículo 40 transitorio de la Carta, fue creado el Municipio de Santiago y en cumplimiento de la Constitución, por medio del Decreto 3928 de 21 de diciembre de 1992, convocó a elecciones para autoridades locales y nombró Alcalde en calidad de encargado por ausencia absoluta de este funcionario, mientras se posesione el que resulte elegido.

Como medio de defensa propuso la excepción "de falta de integración de litis consorcio necesario por pasiva", con fundamento en que debió de notificarse el auto admisorio de la demanda al Gobernador del Departamento de Antioquia, autoridad que expidió el decreto demandado.

6.- El Departamento de Antioquia, a petición del respectivo Gobernador, fue reconocido como tercero interviniente y para representarlo constituyó apoderado.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia en providencia calendada a 2 de agosto de 1993 se refirió ante todo a la excepción propuesta por el demandado, la cual desechó por carecer de sustento legal en consideración a que la acción de nulidad electoral está sujeta al trámite especial previsto en el libro 2, título XXVI, Capítulo IV, arts. 223 y siguientes del C.C.A., y al artículo 233 *ibídem* en lo relacionado con el auto admisorio de la demanda norma ésta, que es precepto posterior al artículo 150 del citado código y en donde se indica claramente a quienes debe ser notificado dicho auto.

Seguidamente se ocupó de la cuestión fundamental de la litis referente a la solicitud de nulidad de la designación como Alcalde del señor Aníbal de J. Restrepo Higuita, señalando que corresponde a las Asambleas Departamentales la creación de municipios por medio de ordenanzas.

Explicó acerca del trámite que sufre un proyecto de tal naturaleza y la sanción que debe impartirle el Gobernador para que se constituya en verdadera ordenaza, y con base en ello y en las pruebas allegadas concluyó que el municipio de Santiago no llegó a constituirse jurídicamente al no existir una ordenanza que así lo consagrara, por lo que el acto por el cual el Gobernador de Antioquia designó Alcalde de Santiago adolece de nulidad en virtud de carecer de objeto y así lo declaró.

LOS RECURSOS DE APELACION

A.- El señor Procurador 32 en lo judicial ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en memorial obrante de folios 234 a 236, impugnó la providencia del *a-quo* señalando que no comparte la afirmación que hace el Tribunal en el sentido de que el minicipio de Santiago no se constituyó jurídicamente al no existir una ordenaza que así lo consagrara, ya que dicho municipio "... no existe por virtud de una ordenanza, sino por voluntad del constituyente primario, intención que quedó plasmada positivamente, en el artículo 40 transitorio de la Constitución de 1991. Dicha voluntad es la misma que se encuentra en el artículo 309 de la Carta, mediante la cual, sin que tuviera ninguno de los requisitos exigidos por la anterior Constitución, erigió en departamentos todas las intendencias y comisarías." (fl. 235).

Aduce otro argumento que estima incontrovertible dentro de los antecedentes del artículo 40 transitorio y es la propuesta de convalidación de las creaciones irregulares de municipios bajo el título "SITUACIONES DE HECHO" que fue presentada por el Constituyente Jaime Castro, la cual obra en el expediente.

B.- El demandado Aníbal de J. Restrepo Higuita solicita que se revoque el fallo que apela y en su lugar se declare que no se accede a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos aduce que el Tribunal de instancia no tuvo en cuenta lo que ha venido planteando, consistente en lo que no hubo ordenanza creando el municipio de Santiago porque el proyecto en tal sentido que sufrió los tres debates en la Asamblea en las sesiones ordinarias de 1989, fue objetado por ilegalidad por la señora Gobernadora de aquella época proyecto que si bien fue insistido tampoco fue archivado "... habiéndolo encontrado así, sobre la mesa, la nueva Constitución que hoy nos rige...".

Manifiesta que el municipio de Santiago resultó creado por otro acto complejo como fue la aprobación de la Asamblea Departamental más el artículo 40 transitorio de la Constitución, norma ésta que no exige que exista ordenanza, y no puede ponerse en boca de la Constituyente lo que no dijo.

Señala que el Tribunal no examinó las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente para verificar si en algún momento los delegatarios de la misma hicieron claridad sobre el objeto o alcance del citado artículo 40 transitorio, aunque informaciones extraoficiales dan cuenta que en la discusión de dicho precepto se hizo alusión a los municipios de Santiago, La Pintada y El Jordán en Antioquia, lo que equivale a decir que fueron creados por la Constitución.

Solicita que el Consejo de Estado haga el estudio respectivo de tales Actas para que con justicia determine si existe el municipio de Santiago que sería la base para decidir si es válido el nombramiento de Alcalde encargado de esa localidad (Fls. 237 a 241).

En nuevo memorial para sustentar la apelación presentado ante la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado que obra de folios 259 a 262, el señor Restrepo Higuita manifiesta que el actual Gobernador de Antioquia doctor Juan Gómez Martínez puso en marcha los municipios de Santiago, La Pintada y El Jordán en aplicación del artículo 40 transitorio de la Carta, interpretando esa norma con conocimiento de causa por haber sido Constituyente y conocer el espíritu y alcances de ese artículo.

Señala que no se requiere de mucho esfuerzo mental para concluir que si la Constitución expresamente dice que "son válidas" las creaciones de municipios, lo que se quiere es validar algo que de por sí no lo era. Por lo que se está dando validez a las creaciones de municipios hechas por las Asambleas, pero respecto de las cuales existió algún vicio.

Como prueba supletoria, en el evento de que no pueda deducirse del análisis de las Actas la finalidad del artículo 40 transitorio de la Constitución, solicita que se reciba declaración jurada al doctor Juan Gómez Martínez "y otros que integraron la comisión a la cual correspondió el estudio de las normas sobre Ordenamiento Territorial", para que explique si se debatió el tema de los municipios de Santiago, La Pintada y El Jordán, o si consideran que para que pueda darse aplicación al artículo 40 citado se requería la ordenanza debidamente sancionada.

C. La apoderada del Departamento de Antioquia interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que pide sea revocada, señalando que el artículo 40 transitorio de la Carta Política tiene un sentido claro y concreto, "...cual es el de enderezar situaciones anómalas que se venían presentando, como lo es el caso específico del Municipio de Santiago, toda vez que si lo dispuesto en este artículo era consagrar una regulación normativa ya existente, no tendría sentido que el constituyente primario legislara sobre algo ya exclusivamente estipulado, pues la Constitución, el Decreto 1333 de 1986 y el 1222 del mismo año, señalan que la creación de los municipios es competencia privativa de las Asambleas Departamentales que han de hacerlo por medio de ordenanzas, lo que significa si recurrimos a una sana lógica que el Legislador no iba a colocar en un artículo transitorio en donde señalaba inclusive una fecha límite, una disposición legal ya consagrada con anterioridad, puesto que tal razonamiento nos permitiría calificar la norma como inútil, como inoperante, y el Legislador jamás profiere una norma que nunca sería efectiva...".(Fl. 243).

Colige que el municipio de Santiago es el desarrollo del artículo 40 transitorio de la Constitución y el Decreto 3928 del 21 de diciembre de 1992 quiso darle operatividad encargando al señor Restrepo Higuita como Alcalde de dicho municipio.

EL MINISTERIO PUBLICO

Comienza el señor Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E) considerando el hecho de no haberse notificado el auto admisorio de la demanda al señor Gobernador del Departamento de Antioquia y al respecto advierte sobre "...la práctica irregular y francamente lesiva de los derechos que desarrollan el debido proceso y que vienen practicándose en la jurisdicción..." (Fl. 271), aunque no quiere ello decir que el presente proceso esté llamado a sufrir la suerte de la inhibición o la consecuencia de una nulidad por cuanto el Gobernador del citado Departamento intervino directamente.

Observa que el artículo 150 del C.C.A. establece que las entidades públicas y privadas que ejerzan funciones públicas son parte en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan, y por consiguiente el auto admisorio de la demanda debe notificarse personalmente a sus representantes legales o quienes hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, por lo que estima que tal precepto y el artículo 233 del C.C.A. se complementan y son concordantes. Agrega que como el acto admisorio de la demanda no permite recurso alguno, el rigor se hace más exigente para el Juzgador, y como la administración puede verse afectada con la demanda tiene derecho a conocer que se ha incoado una acción contra el acto que ha pronunciado. Anota que "...hace especial énfasis sobre este punto en aras de una aplicación recta, justa, elemental, de las normas del debido proceso al cual no puede sustraerse el fallador pretextando razones de rigor literal que a nadie beneficia, si no que, por el contrario, demerita la seriedad y ponderación de la rama jurisdiccional del orden público...". (Fl. 275).

A continuación se refiere a la cuestión de fondo, manifestando que en realidad el artículo 40, transitorio de la Carta es claro y no presenta ambigüedad. Señala que si la

creación de municipios sólo puede hacerse a través de una ordenanza es obvio que la expresión "son válidas las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990, está referida a verdaderos actos de esa naturaleza, concretamente a ordenanzas y no a simples e inconclusos trámites administrativos.

Considera que el sentido del precepto transitorio puede tener origen en situaciones de conflicto presentadas en los territorios nacionales pues no encontró en el historial de las normas antecedentes ilustrativos. Y señala que de conformodidad con lo anterior y las pruebas que obran en el expediente, el proyecto para la creación del municipio de Santiago no se concretó en una ordenanza sancionada y promulgada, razón por la cual no existe jurídicamente y en consecuencia debe ser anulado el acto acusado por el cual se nombró Alcalde encargado, tal como lo decidió el *a-quo*.

Por lo mismo solicita se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES

Respecto al medio exceptivo de "falta de integración de *litis* consorcio necesario por pasiva" propuesto por el demandado, que el *a-quo* desechó por carecer de sustento legal, observa la Sala que tratándose de una excepción que tiene el carácter de previa, puesto que con ella no se busca contrarrestrar las pretensiones de la demanda, su formulación es improcedente en los procesos contencioso administrativos por expresa derogación del artículo 163 del C.C.A..

Por tanto no amerita pronunciamiento especial, aunque se analicen los motivos en que se fundamenta, en aras de determinar si puede fallarse en el fondo.

Comparte la Sala las razones del Tribunal de instancia, que no las del señor Agente del Ministerio Público, por cuanto el presente proceso se ha instaurado con base en la acción pública electoral, que se rige por normas de procedimiento especiales según está dispuesto en el artículo 233 del C.C.A., precepto que dipone notificar por edicto el auto admisorio de la demanda y en forma personal al Ministerio Público y al nombrado o elegido por "...Junta, Consejo o Entidad Colegiada..." quedando así integrado el contradictorio, como ha ocurrido en el *sub-lite*, en que el auto admisorio de la demanda se notificó por edicto y personalmente al demandado y al Procurador Delegado como se puede apreciar a los folios 47, 49 v.t.o. y 52 de expediente, no siendo obligatoria la notificación personal de dicho auto al Representante Legal de la entidad pública afectada con la demanda, pues el citado artículo 233 del C.C.A., nada dice al respecto. Razón tuvo el *a-quo* al señalar que es una norma de carácter especial, y por consiguiente con prevalencia sobre las de carácter general, lo cual se ajusta enteramente a las previsiones del artículo 2o. de la ley 153 de 1887 estatuto que consagra las "Reglas Generales sobre validez y aplicación de las leyes".

En cuanto a la prueba supletoria "solicitada por el señor Aníbal de J. Restrepo Higuita al sustentar el recurso de apelación consistente en que se reciba declaración

jurada al exconstituyente doctor Juan Gómez Martínez y "otros" que no especifica, integrantes de la Comisión de la Asamblea Nacional Constituyente que tuvo a su cargo el estudios sobre las normas sobre ordenamiento territorial, con el fin de que expliquen si se debatió el tema referido a la creación de los municipios de Santiago, La Pintada y El Jordán, baste reiterar lo expresado por la Sala en varias ocasiones, respecto a que la oportunidad que tiene la parte demandada para pedir pruebas en el proceso electoral, está referida a la contestación de la demanda conforme al artículo 223 numeral 4 del C.C.A.; y la de decretar las que soliciten las partes y las que de oficio considere el conductor del proceso, está indicada en el artículo 234 *ibídem.*

A lo anterior se agrega el hecho de que en la segunda instancia no existe legalmente consagrada oportunidad alguna para decretar pruebas, por lo que no es posible acceder a la petición formulada por el demandado.

En cuanto al fondo del asunto, relacionado con el nombramiento del señor Aníbal de J. Restrepo Higuita como Alcalde encargado del municipio de Santiago, mediante el Decreto No. 3928 de 21 de diciembre de 1992 proferido por el Gobernador de Antioquia "en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional" (Fl. 26), la Sala comparte el pensamiento del *a-quo* y, por lo mismo, la decisión contenida en la sentencia apelada, ya que no hay duda de que tal acto de elección es nulo, como pasa a explicarse.

Dispone el precepto en comento que,

> "Son válidas las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990".

En las Actas de Asamblea Nacional Constituyente no se registran antecedentes ilustrativos en relación con la norma pretranscrita, salvo que inicialmente cuando fue propuesta por la Comisión II de Ordenamiento Territorial encabezaba su texto con la frase "se presume de derecho", y se erigían en municipios los corregimientos intendenciales y comisariales constituídos antes del 31 de diciembre de 1990, (Gaceta Constitucional No. 80 de 23 de mayo de 1991, página 9) todo lo cual fue luego suprimido siendo finalmente aprobado dicho artículo como está consagrado en la carta, durante la sesión del 22 de junio de 1991 (Gaceta Constitucional No. 141 de 19 de diciembre de 1991, página 8).

Para la Sala la norma constitucional objeto de análisis no tuvo propósito diferente al de convalidar los actos administrativos en virtud de los cuales habían sido creados, sin el lleno de los requisitos legales o mediante actuaciones jurídicas viciadas respecto de las cuales no existía pronunciamiento en firme de la jurisdicción contenciosa, entidades territoriales municipales, antes del 31 de diciembre de 1990.

El origen jurídico del ente municipal, tal como se desprende de la ley y lo tiene definido la jurisprudencia, es un acto complejo a cuya formación concurren las voluntades de la Asamblea y la del órgano que la sanciona, aunadas en una solidaria

intención dirigida a la formación de un acto único, el cual se constituye en fuente exclusiva de creación de la entidad municipal. Así, la ordenanza y la sanción forman un solo acto, pues como lo expresa el Consejo de Estado en sentencia del 26 de enero de 1983, expediente 6261,

> "La sanción es parte integrante de la Ordenanza, es un presupuesto para la validez del acto administrativo en cuyo proceso de formación concurren las voluntades de la Corporación que la expida y el órgano que la sanciona, que comúnmente es el Gobernador del Departamento y excepcionalmente el presidente de la misma Asamblea, voluntades que se fusionan para producir un acto único".

Se desprende de lo anterior que al ser la sanción de una ordenanza parte integral del acto que crea el municipio, su ausencia o falta implica la inexistencia del acto mismo y por consiguiente la imposibilidad de su ulterior convalidación. Consecuente con lo anterior ha de entenderse que al dar validez el Constituyente a las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990, necesariamente se estaba refiriendo, como lo afirma la Sala de Consulta del H. Consejo de Estado en concepto número 423 del 14 de febrero de 1992.

> "... a aquellas que estén vigentes, es decir, que aunque adolecían de algún vicio, no fue declarada la nulidad por la jurisdicción de lo contencioso - administrativo antes de la promulgación de la nueva Constitución, mediante sentencia ejecutoriada.
>
> Significa lo anterior que, ordenanzas que formalizaron la creación de municipios están vigentes porque no fueron anuladas por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, bien por que no se demandaron, o bien, porque habiendo sido demandadas, no se profirío sentencia definitiva que hubiera quedado en firme, antes de la promulgación de la Constitución nueva.
>
> Y es que, tal como se expresó no puede interpretarse el artículo 40 transitorio, como una convalidación de actos declarados nulos por los jueces contencioso-administrativos, mediante sentencia ejecutoriada, porque con ello atentaría contra la firmeza de las sentencias judiciales, y por ende, contra la seguridad jurídica, principio estructural de nuestro estado de derecho.
>
> La Sala considera que no fue la intención de la Asamblea Constituyente, con ésta ni con ninguna otra disposición de la Constitución, generar una desintegración del orden jurídico. Por lo mismo, es claro que en asunto estudiado, la Carta Política, se refiere a los municipios que existen, esto es, a aquellos respecto de los cuales las ordenanzas que los crearon mantienen una vigencia porque no fueron anulados definitivamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

En un sentido similar se pronunció tambien la Sección Primera de la Corporación, cuando en sentencia del 20 de febrero de 1992, manifestó lo siguiente:

"... la mencionada norma transitoria de la Carta Política consagró una ficción sobre la validez de las ordenanzas mediante las cuales se crearon municipios con anterioridad al 31 de diciembre de 1990, la cual está referida a la existencia misma del acto administrativo alrededor del cual gira este proceso y sin que para nada incida el hecho de que su vigencia se haya producido con posterioridad al fallo de primera instancia.

En este mismo orden de ideas y tal como lo expresó esta Sala en reciente decisión, se tiene que "De la norma transcrita fluye la consecuencia de que el Constituyente, " en ejercicio de su poder soberano" como lo señala el preámbulo de la Constitución, le imprimió sello de validez a todos los actos mediante los cuales se crearon municipios con anterioridad al 31 de diciembre de 1990, independientemente de que ellos hubieran sido creados o no de conformidad con los requisitos exigidos por la normas jurídicas vigentes en ese momento de su creación y de que los actos de creación hubieran sido o no objeto de acciones por la vía contencioso administrativa; obviamente, siempre y cuando en el primer evento la posible decisión anulatoria no se haya ejecutoriado, pues en tal caso el acto de creación habrá desaparecido de la vida jurídica, debido a los efectos de la cosa juzgada" (auto de 14 de agosto de 1991, Consejero Ponente Libardo Rodríguez:, Actor: Municipio del Líbano, Expediente No. 795).

Lo anterior implica, a juicio de la Sala, que en este momento procesal y, más concretamente a partir de la vigencia de la citada norma constitucional, no le es permitido al juzgador adentrarse en el reestudio de las posibles causales de nulidad invocadas en sustento de la demanda, ni en las razones que le asistieron al *a-quo* para dictar su decisión, ni mucho menos para enfrentar esta última con los argumentos expuestos en su contra por el apelante, en virtud de que, independientemente de los vicios que pudieran invalidar el acto, el artículo 40 transitorio de la Carta le imprimió, desde su nacimiento a la vida jurídica, un sello de validez de tal entidad que cualquier controversia judicial está destinada al fracaso ante la citada presunción de derecho de categoría constitucional sobre la validez del acto."

De lo expuesto surge con meridiana claridad que la creación de todo municipio debe necesariamente sustentarse en una ordenanza, cuyo carácter y denominación jurídicos solamente se adquieren con la sanción ejecutiva, pues conforme al artículo 81 del decreto 1222 de 1986 es este acto el que imprime al proyecto enviado por la Asamblea la calidad de ordenanza.

Expresado lo anterior, la Sala encuentra dento del material probatorio existente, que es un hecho comprobado que el Proyecto de Ordenanza No. 14 mediante el cual se pretendía crear el municipio de Santiago por la Asamblea Departamental de Antioquia, sufrió los tres debates reglamentarios conforme al artículo 75 del Decreto 1222 de 1986 según informa la Directora Jurídica de la Gobernación de Antioquia en

oficio 45753 de 8 de enero de 1993 (Fl.27) y el Secretario General de la Duma en oficio 056-091 de 14 de mayo de 1993 (Fl.184).

Pero también está demostrado que dicho proyecto no adquirió el carácter de Ordenanza, de conformidad con el artículo 81 *ibídem*, en razón a que no fue sancionado por el Gobernador de la época, sino objetado por él por no reunir los requisitos legales.

Devuelto a la Asamblea por el Gobernador, no existe constancia de que se hubiere insistido en el Proyecto como tampoco que éste y sus objeciones hubieren sido enviados al Tribunal Administrativo del Departamento para decidir definitivamente sobre su exequibilidad, según previsión del artículo 80 del citado Estatuto.

Siendo claro que en la Constitución anterior, como en la actual, se atribuye a las Asambleas Departamentales la facultad de crear municipio mediante ORDENANZAS, resulta incontrovertible en el *sub-lite* que el proyectado municipio de Santiago nunca nació a la vida jurídica sencillamente porque no existe acto administrativo que lo haya creado.

En estas condiciones, el Gobernador de Antioquia en cumplimiento del artículo 40 transitorio de la Carta, que precisamente se refiere a la creación de municipios, no podía hacer el nombramiento de Alcalde de un ente territorial inexistente, y en consecuencia resulta nulo el acto acusado, por lo que habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Con las consideraciones hechas se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

PRIMERO.- Confírmase la sentencia de fecha 2 de agosto de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, denegatoria de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren De La Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NEGACION INDEFINIDA/CARGA DE LA PRUEBA

El cargo formulado en la demanda corresponde a una negación indefinida, por lo tanto al operar el fenómeno de inversión probatoria, incumbía a la demandada desvirtuarlo demostrando, mediante la prueba pertinente, que al expedirse el acto de elección cumplía a cabalidad con algunas de las calidades alternativas, pero la elegida personera no asumió su defensa ni tuvo participación activa en el proceso, y quien impugnó la demanda se limitó a reafirmar el supuesto fáctico alegado por el actor, al presentar la constancia a que antes se hizo mención y aceptar que al expedirse el acto se inobservó "eventualmente" la Ley, lo que equivale decir que quedó afectado de nulidad por violación a la disposición invocada, debiéndose restablecer la legalidad alterada.

PERSONERO MUNICIPAL -Requisitos/NULIDAD ELECTORAL

Es evidente que quien pretende ostentar la investidura de personero municipal, debe reunir una de las dos calidades consagradas por el artículo 137 del C. de R. P. y M., a saber : ser abogado titulado o al menos haber culminado estudios de derecho. Esta disposición normativa por ser tan clara en su tenor literal, no da lugar a interpretaciones y dado que en su aplicación está de por medio el interés público, no puede ignorarse al momento de adoptarse una decisión de tal naturaleza, porque si así se procede el acto queda afectado de nulidad por desconcimiento del orden jurídico y el vicio no desaparece por la circunstancia de que a *posteriori* el nombrado o elegido culmine estudios de derecho y obtenga título

universitario en esta profesión. La exigencia legal no puede convertirse en una simple expectativa de cumplimiento condicionado como lo interpreta la parte que impugna la demanda, puesto que las calidades para ser personero municipal deben concurrir en el aspirante al momento de su elección o nombramiento, para que pueda entrar en ejercicio de sus funciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veinte (20) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente : *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia : Expediente No. 1074. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: Luis Alfonso Carreño Bedoya.

Por apelación de la sentencia proferida en primera instancia, conoce la Sala del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

LA ACCION Y SUS FUNDAMENTOS

Obrando en su propio nombre el ciudadano LUIS ALFONSO CARREÑO BEDOYA demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle, la nulidad del acto contenido en el Acuero No. 022 del 20 de mayo de 1993, mediante el cual, el Concejo Municipal de Bolívar-Valle, nombró como personera de esta localidad a la señorita INES BENITEZ BAHENA.

Afirma el actor al sustentar la pretensión, que la nombrada no reúne los requisitos que para el desempeño de ese cargo exige el artículo 137 del Código de Régimen Político Municipal, pues sólo "está cursando el cuarto (4) año de derecho nocturno en la Universidad del Valle del Cauca con sede en Tuluá", hecho del cual adujo la prueba pertinente.

Considera violados, además de la citada disposición, los artículos 75 del C.C.A., y 277 de la Constitución Nacional.

Al admitir la demanda (Fl.15 y s.s.), el *a-quo* decretó la suspención provisional impetrada decisión que fue revocada por esta Corporación en virtud del recurso de apelación formulado por la parte impugnante (Fl.37 y s.s. cdno.2).

CONTESTACION DE LA DEMANDA.

A folio 37 y s.s., obra escrito presentado en tiempo por la ciudadana TAMMY JANETH RIASCOS MURILLO quien en su condición de interviniente adhesiva se opuso a las peticiones de la demanda aduciendo que el actor para demostrar el supuesto

de hecho alegado allegó un certificado expedido por el Secretario General de la Universidad Central de Tulúa, en el sentido de que la SEÑORITA INES BENITEZ BAHENA "cursó el cuarto (4) año (en la facultad de derecho de esta Institución) en período académico de mil novecientos noventa y dos (1992).

Señala que la verdad es que seis días después de que se expidió ese documento, o sea el 31 de mayo de 1993, a la interviniente le expidieron otro en el que se hace constar que la demandada a dicha fecha estaba cursando el quinto (5) año de derecho, aspecto del cual concluye "que si a la fecha de elección (el 20 de mayo de 1993) pudo eventualmente no cumplirse la Ley, el tiempo que discurre hasta el fallo definitivo dejará sin piso el argumento de la parte actora".

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Para declarar la nulidad del acto de nombramiento acusado dijo el *a-quo* lo que en su texto se transcribe :

Entrando la Sala al estudio de la cuestion planteada, encuentra que indudablemente asiste razón al demandante, por cuanto se encuentra demostrado la violación de la normativada citada.

En efecto, estatuye el art. 137 del C.de R. M.:

"Art.137. Para ser Personero se requiere ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho."

La prueba en forma regular y oportuna aportada el proceso, con mérito suficiente para ser apreciada, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2o. del art. 22 del Decreto 2651/91, pues aportada con la demanda, no ha sido tachada ni solicitada su ratificación, es la constancia expedida por la Universidad Central del Valle del Cauca, que obra a folio 3 del expediente en la cual consta a los 25 días del mes de mayo de 1993, la señorita Inés Benítez Bahena había cursado hasta 4o. año de derecho y tenía pendientes dos asignaturas.

Quiere ello decir, que a la fecha de la elección, la señorita Benítez Bahena no era abogada, ni había aún terminado sus estudios de derecho, que son superiores a cuatro años, lo que de otra parte igualmente corrobora la interesada con el documento aportado visible a folios 39 y 42, cuando la misma Institución Universitaria, el 31 de mayo 1993 -ocho días después de su elección- hace constar que se encuentra matriculada en el 5o. año de derecho.

Siendo la exigencia legal es de abogado titulado, o al menos haber terminado los estudios de derecho, lo que no probó la señorita Benítez Bahena a quien correspondía desvirtuar la afirmación negativa indefinida del demandante, al tenor a lo dispuesto en materia de carga probatoria por art. 168

del C. de P.C., aplicable por remisión directa del 267 del C.C.A., forzoso es concluir que se ha violado la norma invocada, art. 137 del C. de R.M., que en tiempo presente estipula los requisitos para ser Personero.

Así las cosas habrá de accederse a las pretensiones de la demanda acorde con el concepto del Procurador Judicial ante la Jurisdicción que a igual conclusión llegó.

EL RECURSO DE APELACION

La parte impugnante representada por TAMMY JANETH RIASCOS MURILLO, interpuso en tiempo el recurso de apelación (Fl.63), contra la sentencia de primer grado solicitando su revocatoria bajo los siguientes planteamientos:

"Como lo argumenté y lo probé en la contestación de la demanda; y como de nuevo insistí en el argumento dentro del término legal para alegar de conclusión, el documento enteramente privado, sin autenticaciones y sin ratificación de su contenido, presentado por el actor para argumentar la nulidad de la elección de INES BENITEZ BAHENA para el cargo de personera municipal de Bolívar-Valle, corresponde a una realidad pasada; no a una realidad actual.

Se trata de una verdad recortada, consistente en callar la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad. El Tribunal al fallar tuvo en cuenta ese documento con mero valor privado y, por eso, resultó la razón para el actor...".

Llegado el expediente a la Corporación, se admitió el recurso de apelación (Fl. 70), se dispuso la fijación en lista por tres (3) días y por el mismo término que permaneciera en la secretaría para que las partes presentaran sus alegatos por escrito, lo que no hicieron como se hace constar a folio 72.

CONCEPTO FISCAL

Solicita la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso al emitir concepto de fondo (Fls. 75 y s.s.) se confirme la sentencia recurrida al considerar que, de las pruebas allegadas al proceso -válidas al tenor de lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 22 del decreto 2651 de 1991- "Se deduce con facilidad que la personera electa no cumplía con los requisitos de ser abogada titulada o en su defecto haber terminado estudios de derecho en el momento de su elección. Estas pruebas no fueron controvertidas, como quiera que ésta no contestó la demanda para desvirtuar las negaciones indefinidas contenidas en aquella".

Al no observarse causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede resolver el recurso de apelación previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Es evidente que quien pretende ostentar la investidura de Personero Municipal, debe reunir una de las dos calidades consagradas en el artículo 137

del Código de Régimen Político y Municipal, a saber: ser abogado titulado o al menos haber culminado estudios de derecho.

Esta disposición normativa por ser tan clara en su tenor literal, no da lugar a interpretaciones y dado que en su aplicación está de por medio el interés público, no puede ignorarse al momento de adoptarse una decisión de tal naturaleza, porque si así se procede el acto queda afectado de nulidad por desconocimiento del orden jurídico y el vicio no desaparece por la circunstancia de que *aposteriori* el nombrado o elegido culmine estudios de derecho u obtenga título universitario en esta profesión.

La exigencia legal no puede convertirse en una simple expectativa de cumplimiento condicionado como lo interpreta la parte que impugna la demanda, puesto que las calidades para ser personero municipal deben concurrir en el aspirante al momento de su elección o nombramiento, para que pueda entrar en ejercicio de sus funciones.

Estas apreciaciones que *ab-initio* hace la Sala, dejan entrever las dos posiciones existentes en el proceso. De una parte, la asumida por el actor al presentar el único cargo en que apoya su pretensión de nulidad.

Afirma que la señorita Inés Benítez Bahena no reúne los requisitos exigidos por el artículo 137 del C.de R.P.y M., por tanto, el acto contenido en el acuerdo 020 del 20 de mayo de 1993 expedido por el Concejo Municipal de Bolívar- Valle, mediante el cual la "nombró" como personera de esta localidad es violatorio de la antecitada disposición y de los artículos 75 del C.C.A. y 277 de la C.N.

La afirmación se respalda con el certificado No. 149 visible a folio 3 suscrito por el Secretario General de la Universidad Central del Valle del Cauca el 25 de mayo de 1993, en el cual consta que la demandada cursó el cuarto año de derecho en el período académico correspondiente a 1992.

De otra parte, se observa que la personera cuya elección se impugna, a pesar de habérsele notificado personalmente la demanda como consta a folio 26, no se pronunció sobre la misma ni intervino en el proceso ya personalmente o por medio de apoderado.

Su defensa la sumió la parte impugnante quien se opuso a las pretensiones del actor (Fl. 37 y s.s.), aportando nuevo certificado expedido el 31 de mayo de 1993 por la misma Universidad Central del Valle del Cauca, en el que se hace constar qur Inés Benítez Bahena "se encuentra matriculada en el quinto (5) en la facultad de derecho de esta Institución", documento que le sirve para desconocer el aducido con la demanda y presentar el singular y único argumento con el que pretende en últimas, se revoque la sentencia del Tribunal *A-quo* y que dice textualmente:

"Lo anterior demuestra que si a la fecha de la elección (el 20 de mayo de 1993) pudo eventualmente no cumplirse la ley, el tiempo que discurre, hasta el fallo definitivo dejará sin piso el argumento de la parte actora".

De acuerdo con este planteamiento, la parte impugnante, admite que acto acusado es violatorio de la ley, en este caso el artículo 137 del C.de R.P.y M., por ausencia de los requisitos que este contempla, pero a su juicio el transcurso del tiempo hará que se restablezca la legalidad alterada, supuestamente cuando la demandada termine su último año de derecho, olvidando dicha parte que los requisitos deben existir al momento de la elección o nombramiento como antes se anotó, considerando por tanto la Sala este argumento equivocado.

El *A-quo* con base en los documentos oportunamente allegados por las partes, a los que dio mérito probatorio suficiente, y la actitud de indiferencia procesal que mostró la demandada, quien como bien lo señala el fallo, corría con la carga de la prueba por ser la afirmación del actor una negación indefinida, dio la razón a éste concluyendo que en verdad el acto demandado era violatorio del artículo 137 del C.de R.M. En el mismo sentido emitió concepto la agencia fiscal.

La Sala comparte ambos criterios puesto que **el cargo formulado en la demanda corresponde a una negación indefinida, por tanto al operar el fenómeno de inversión probatoria, incumbía a la demandada desvirtuarlo demostrando, mediante la prueba pertinente, que al expedirse el acto de elección cumplía a cabalidad con alguna de las calidades alternativas** consagradas en el artículo 137, **pero** como antes se anotó **la elegida Personera no asumió su defensa ni tuvo participación activa en el proceso, y quien impugnó la demanda se limitó a reafirmar el supuesto fáctico alegado por el actor, al presentar la constancia a que antes se hizo mención y aceptar que al expedirse el acto se inobservó "eventualmente" la ley, lo que equivale a decir que quedó afectado de nulidad por violación de la disposición invocada, debiéndose restablecer la legalidad alterada,** como atinadamente lo hizo el *A-quo*, mediante el fallo objeto de apelación que deberá ser confirmado.

Por lo anteriormente expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta-, de acuerdo con la Procuradora Delegada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTE PROVEIDO VUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue leída, estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO/EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE- Inexistencia

En el numeral 10o. del artículo 97 del C. de P.C. se consagra como medio de defensa la excepción de Pleito Pendiente y la misma es oponible dentro de un proceso cuando existe otro en curso, adelantado por las mismas partes, relativo a los mismos hechos y con un mismo objeto. Su finalidad es la de evitar dos juicios paralelos que corren el grave riesgo de finalizar con decisiones contradictorias. Las razones alegadas por la parte ejecutada no configuran la aludida excepción, la que sólo se daría de existir simultáneamente otro proceso de ejecución por trámite de jurisdicción coactiva promovido por la Nación contra Ahorramás, con el fin de hacer efectiva la sanción impositiva prevista en la Resolución demandada y su confirmatoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C., enero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0345. Partes: SUPERINTENDENCIA BANCARIA C/ AHORRAMAS CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA.

Se decide la excepción previa propuesta por la Corporación Financiera ejecutada, mediante apoderado judicial, contra la orden de pago en el asunto de la referencia emanada de la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.-

ANTECEDENTES:

Con fundamento en las resoluciones 3579 del 27 de octubre de 1989, y de la 0113 del 12 de enero de 1990, confirmatoria de la anterior, por las cuales la Superintendencia Bancaria impuso multa a "Ahorramás" Corporación de Ahorro y Vivienda, identificada con el Nit. 60034133 y a favor del Tesoro Nacional, por la cantidad de $ 2.500.000.oo, la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con auto de 24 de mayo de 1991 (Fl. 10) libró orden de pago, por la vía de Jurisdicción Coactiva por la cantidad enunciada, más las costas pertinentes.-

Del mandamiento de pago se hizo notificación personal al apoderado de la parte ejecutada (Fl. 13), quien oportunamente lo recurrió en reposición y subsidiariamente apeló (Fls. 21 a 24), habiéndose denegado la prosperidad de los mismos (Fls. 35-36 y 50 a 54).-

También en tiempo propuso contra el mismo proveído la excepción previa de "Pleito Pendiente" (Fol. 16 a 20) que ha sido sustentada con base en lo prescrito en los artículos 561 y 562 del C. de P.C., en armonía con los artículos 106 y 109 del Dto. 2503 de 1987, argumentando la vigencia de la norma especial para eventos de cobro coactivo de deudas fiscales respecto de las cuales el ejercicio de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho lleva a que pueda alegarse la excepción de pleito pendiente. Agrega el excepcionante:

> "La norma transcrita persigue un fin claro y es impedir que, de un parte, el estado pueda cobrar lo debido por una multa, mientras que por el otro, pueda obtener la nulidad del título que sirve de fundamento del cobro, que lo conduciría en la práctica a que se pudiera cobrar y posteriormente, en otro proceso obtener la exoneración del pago por haberse declarado nula la Resolución que sirvió de fundamento del cobro.- Sería atentatorio contra el principio de la cosa juzgada y la confiscación de dineros de particulares consagrados en la Constitución Política de Colombia" (Fol. 19).

Al folio 39 aparece escrito presentado el 13 de agosto de 1991 por el apoderado del ente ejecutado, mediante el cual, de conformidad con el Art. 170 del C. de P.C. solicita la supensión de la ejecución , ante la existencia de prejudicialidad originada en el trámite de un proceso con acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho relacionado con las resoluciones constitutivas del título de recaudo.-

La Dirección General de Apoyo Fiscal, División de Cobro de la oficina Regional de Santafé de Bogotá D.C., avocó el conocimiento del proceso (Fl. 56), en tanto que la solicitud de suspensión no ha sido objeto de consideración de fondo por el competente.-

Rituado el trámite de la ley para la excepción, se pasa a resolver lo pertinente, atendiendo a los siguientes

CONSIDERANDOS:

En el numeral 10 del Art. 97 del C. de P.C. se consagra como medio de defensa la excepción de Pleito Pendiente y la misma es oponible dentro de un proceso cuando existe otro en curso, adelantado por las mismas partes, relativo a los mismos hechos y con un mismo objeto.- Su finalidad es la de evitar dos juicios paralelos que corren el grave riesgo de finalizar con decisiones contradictorias.

En el caso *sub-exámine*, olvida el excepcionante que en este proceso el asunto es apenas en apariencia semejante al que se adelanta con acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra las resoluciones Nros. 3570 del 27 de octubre de 1989 y 0113 de enero 12 de 1990, ambas proferidas por la Superintendencia Bancaria.- En efecto, dentro del ejecutivo de la Nación, como demandante, procura por la vía de la jurisdicción coactiva la satisfacción de un crédito insoluto a su favor y a cargo de Ahorramás, amparado en un acto administrativo ejecutoriado, investido de presunción de legalidad.

En el proceso ordinario es demandante quien figura como demandado en el ejecutivo; su finalidad no es cumplimiento de las resoluciones contentivas del título de recaudo, si no la invalidación de las mismas, teniendo como demandada a la Nación, demandante en el ejecutivo.-

Esas potísimas razones son suficientes para estimar que **las razones alegadas por la parte ejecutada no configuran la aludida excepción, la que sólo se daría de existir simultáneamente otro proceso de ejecución por trámite de jurisdicción coactiva promovido por la Nación contra Ahorramás, con el fin de hacer efectiva la sanción impositiva prevista en la resolución demandada y su comfirmatoria.-**

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Declarar no probada la excepción de "Pleito Pendiente" propuesta, mediante apoderado judicial, por "Ahorramás", Corporación de Ahorro y Vivienda, contra el mandamiento ejecutivo de fecha 24 de mayo de 1991 proferido por la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.-

En firme esta providencia, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta decisión fue dicutida y aprobada por la Sala en sesión del día veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CAUCION-Monto/CAUCION-Objeto/MANDAMIENTO DE PAGO- Ejecutoriedad

De acuerdo con el art. 519 del C. de P.C., el juez es quien decide el monto para garantizar el pago de la deuda, de acuerdo con su propio criterio. La caución tiene como fin evitar el embargo y/o secuestro de bienes y solicitar la cancelación y el levantamiento de las mismas, previo cumplimiento del procedimiento establecido en el art. 519 del C. de P.C. Los actos administrativos que quedan en firme, como en el caso, son suficientes por sí mismos, para que la Administración pueda adelantar la respectiva ejecución en contra del interesado, y como conservan su carácter ejecutivo y ejecutorio, son de obligatorio cumplimiento. Además, el juez puede recurrir a los mecanismos que él considere necesarios para garantizar el pago de la obligación, como es la caución exigida en este proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No.353. Actor: La Nación. Superintendencia Bancaria C/ Banco Comercial Antioqueño.

APELACION DE AUTO

Procedente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por razones de competencia, ha llegado el proceso de la referencia, a efecto de resolver el recurso de

apelación interpuesto contra el auto del 15 de junio de 1992, proferido por la Dirección General de Apoyo Fiscal, División de Cobro Oficina Regional Santafé de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

Mediante auto fechado el 15 de junio de 1992, la Dirección General de Apoyo Fiscal, División de Cobro, Oficina Regional de Santafé de Bogotá D.C. resolvió librar orden de pago por la vía ejecutiva de jurísdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del Banco Comercial Antioqueño, por la suma de $ 2.000.000.oo, más las costas que se causaren. En segundo lugar, fijó una caución en la suma de $2.200.000.oo, la cual debe ser constituída en dinero y consignada en la cuenta corriente del Banco Popular a órdenes de este Despacho. Igualmente no se accedió a la solicitud de suspensión del proceso (Fls. 37 y 38).

El 26 del mismo mes y año notificó el anterior mandamiento de pago (Fl. 42).

En escrito que obra a Fl. 43, el apoderado del banco ejecutado interpuso recurso de reposición, y en subsidio apelación contra el numeral segundo de la parte resolutiva de la providencia de junio 15 de 1992, con el fin de que se modifique con base en los siguientes argumentos:

- De acuerdo con el art. 519 del C. de P.C. y para efectos de impedir embargos, *"se deberá prestar caución en dinero o constituir Garantía Bancaria o de Compañía de Seguros por el monto que el juez señale".*

- En razón a que la caución establecida es demasiado onerosa y que la multa objeto de este proceso se encuentra impugnada mediante un proceso contencioso administrativo, se solicita se sirva modificar la caución impuesta, y en su lugar, se ordene constituir garantía bancaria o de compañía de seguros, de acuerdo con la norma mencionada arriba.

Mediante auto fechado el 17 de agosto de 1993, La Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de cobro coactivo resolvió confirmar el auto de 15 de noviembre (sic) de 1992, proveniente de la Dirección General de Apoyo Fiscal, División de Cobro, Oficina Regional Santafé de Bogotá D.C., y conceder, en el efecto devolutivo, ante el Tribunal Administrativo, Sección Cuarta, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada (Fls. 51 y 52).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, resolvió remitir el expediente al Consejo de Estado por competencia, de acuerdo con el auto de fecha octubre 12 de 1993 (Fls. 58 y 59).

El 12 de noviembre del mismo año, se corrió traslado al recurrente por término de tres días para que sustentara el recurso, término en el cual éste guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

El apoderado de la parte ejecutada, con base en el art. 519 del C., de P.C., estima que la caución señalada por la Dirección General de Apoyo Fiscal, en el numeral segundo del auto de mandamiento de pago es demasiado onerosa, por lo cual se solicita se sirva modificarla ordenando la constitución de una garantía bancaria o de una compañía de seguros.

La norma en cita establece lo siguiente:

"Artículo 519. Consignación para impedir o levantar embargos y secuestros. Desde que se formule demanda ejecutiva el ejecutado podrá pedir que no se le embarguen ni secuestren los bienes, para lo cual deberá prestar caución en dinero o constituir garantía bancaria o de compañía de seguros por el monto que el juez señale, para garantizar el pago del crédito y las costas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que desestime las excepciones, o del auto que acepte el desistimiento de ellas, o de la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, según fuere el caso.

"Si las medidas cautelares ya se hubieren practicado, el demandante podrá solicitar la cancelación y el levantamiento de la misma previa consignación de la cantidad de dinero que el juez estime suficiente para garantizar el pago del crédito y las costas, la cual se considerará embargada para todos los efectos...".

De acuerdo con la norma transcrita, el juez es quien decide el monto para garantizar el pago de la deuda, de acuerdo con su propio criterio.

Ahora bien, **la caución tiene como fin el evitar el embargo y/o secuestro de bienes y solicitar la cancelación y o levantamiento de las mismas, previo cumplimiento del procedimiento establecido en el art. 519 del C. de P.C.**

Los actos administrativos que quedan en firma, como es el caso, son suficientes por sí mismos, para que la Administración pueda adelantar la respectiva ejecución en contra del interesado, y como conservan su carácter ejecutivo y ejecutorio, son de obligatorio cumplimiento. Además, el juez puede recurrir a los mecanismos que él considere necesarios para garantizar el pago de la obligación, como es la caución exigida en este proceso.

Por lo anterior, no encuentra la Sala motivo suficiente para modificar el numeral 2o. del auto que dicta el mandamiento de pago, entre otras cosa , porque el apoderado del banco no explica el por qué considera onerosa la caución y además el hecho de cursarse una demanda ante el contencioso de restablecimiento del derecho, no implica que no pueda fijarse una caución ya que el objeto y la naturaleza de cada demanda son propios a cada uno y no se puede pretender, por falta de asidero legal, que las

actuaciones realizadas en un proceso administrativo sean trasladadas a una de jurísdicción coactiva.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el num. 2o. del auto proferido por la Dirección General de Apoyo Fiscal, División de Cobro, Oficina Regional de Santafé de Bogotá D. C., del 15 de junio de 1992.

2. Ejecutoriado este auto, vuelva a la oficina correspondiente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y probada en Sala en su sesión de veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lomban de Magyaroff, Presidente de Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño*

Octavio Galindo Carillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades/AUTORIDAD CIVIL/AUTORIDAD POLITICA/ JURISDICCION/NULIDAD ELECTORAL/JURISDICCION COACTIVA

La autoridad civil lleva implícita la potestad de mando o imperio, pudiendo ser ejercida sobre la generalidad de las personas por determinación de la ley; dicha potestad tiene su expresión más clara en el ejercicio del poder ejecutivo, que en el nivel municipal ostenta y ejerce el alcalde, funcionario que por determinación constitucional (art. 314) es Jefe de la administración local y representante legal del municipio. Por autoridad política se entiende "la que ejercen los que gobiernan y mandan ejecutar las leyes"; un ejemplo de ejercicio de dicha autoridad lo constituye el deber que la Carta impone a los alcaldes de "Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas y los acuerdos municipales". Esta Corporación ha dicho que la Jurisdicción "es la facultad de administrar justicia, el poder o la potestad de decir y de proveer a la tutela y realización en los casos concretos sometidos a la decisión de las personas u organismos competentes". Las funciones policivas que en materia penal ejercen los alcaldes, como cuando se ocupan de las controversias comunes señaladas en el Código Nacional de Policía, son diferentes y no pueden confundirse con la facultad de administar justicia, ejercida permanentemente por los jueces, puesto que el carácter de dichas funciones es administrativo y no judicial. No ocurre lo mismo con la facultad delegable que el artículo 5-5 de la ley 49 de 1987 otorga a los alcaldes para ejercer la justicia fiscal, para cuya aplicación, los inviste de jurisdicción coactiva, convirtiendo así a un funcionario administrativo en

el juez del conocimiento que tiene a su cargo el cobro de las deudas fiscales a favor del municipio. En este orden de ideas, cabe concluir que si el demandado desempeñó el cargo de Alcalde en el municipio de Albán, Cundinamarca, hasta aproximadamente 54 días antes de su nueva elección, también ejerció autoridad civil, política y jurisdicción, dentro de los seis (6) meses que antecedieron a la misma, luego, se configuró la segunda inhabilidad aducida en la demanda y señalada en el literal e), artículo 5o. de la Ley 78 de 1986.

INSUBSISTENCIA DE LA LEY-Inexistencia

En diversos procesos esta Sala ha reiterado su posición en el sentido de que las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987 no han perdido vigencia, puesto que no fueron derogadas expresa ni tácitamente por la actual Carta Política (art. 389) y tampoco puede considerárselas insubsistentes, dado que no contrarían la letra ni el espíritu del precepto superior.

ALCALDE-Elección/NULIDAD ELECTORAL/ALCALDE-Régimen Aplicable

De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Legal del Alcalde Popular (Ley 78 de 1986), no sólo son causales de nulidad de elección de alcaldes las establecidas en el Código Contencioso Administrativo (art. 233), también las constituyen:"La falta de calidades para ejercer el cargo, la violación al régimen de inhabilidades, las establecidas en el ... Código Electoral, Ley 95 de 1985 y las previstas en la ley".

ALCALDE-Inhabilidades/EMPLEADO OFICIAL/ALCALDE ENCARGADO

Dado que entre la fecha de retiro de la alcaldía de Albán y de la nueva elección del demandado, transcurrieron menos de dos meses (56 días aproximadamente) es indudable que el elegido estaba incurso en la inhabilidad señalada en la norma invocada en la demanda, puesto que dentro de los tres (3) meses anteriores a su elección, se desempeñó como empleado oficial en el cargo de Alcalde Popular de Albán; este cargo en términos del artículo 3o. de la Ley 49 de 1987 confiere a quienes lo desempeñan la condición de empleados municiaples, los que a su vez son clasificados como empleados públicos por el artículo 292 del C.R.M. esta última categoría comprendida dentro de la denominación genérica de empleados oficiales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia : Expediente No. 1075. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: FULGENCIO TRIANA GIRALDO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuestos oportunamente por las partes impugnadoras (Fl.179) y demandada (Fls.180-184), contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de octubre de 1993 (Fls.153-177).

ANTECEDENTES

1.- Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano Fulgencio Triana Giraldo demandó la nulidad de la elección del señor Jacobo Escobar Ordóñez, como alcalde Municipal de Albán, Cundinamarca, elección que se llevó a cabo en comicios ralizados el 4 de mayo de 1993, a efecto de culminar el período 1992-1994.

El demandante considera que, el acto declaratorio de la elección impugnada es violatorio del artículo 5o., lit. e) de la Ley 78 de 1986 (subrogado por el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 49 de 1987), en razón de que dentro de los tres meses anteriores a su elección, el señor Escobar Ordóñez se desempeñó como empleado oficial en el cargo de Alcalde del municipio de Albán, ejerciendo por lo tanto autoridad civil, política y jurisdicción. El ejercicio de autoridad y jurisdicción, derivó de su primera elección como burgomaestre de la misma localidad, el 19 de marzo de 1992, para el período comprendido entre junio de 1992 y diciembre de 1994, dentro del cual alcanzó a desempeñarse sólo hasta el 7 de marzo de 1993, dada la declaratoria de nulidad del acto respectivo; sin embargo, una vez más se presentó a los comicios en los que se elegiría Alcalde de Albán para el resto del período mencionado, resultando nuevamente elegido.

2. - Por auto calendado el 10 de junio de 1993 (Fls. 20-24), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda; en la misma providencia negó la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, en razón de la falta de sustentación de dicha medida cautelar.

3.- El demandado constituyó apoderado y por su conducto dio respuesta al libelo (Fls.27-31), manifestando su oposición a las pretensiones y solicitando que no se declarara la nulidad demandada; pero además, sostuvo lo siguiente:

La demanda carece de causa legal y constitucional, puesto que el demandado no estaba impedido para ser alcalde, ya que su primera elección fue anulada, no hubo reelección y la causal de inhabilidad señalada por el actor no opera para alcaldes diferentes al del Distrito Especial de Santafé de Bogotá, dado que la única condición que deben cumplir los candidatos de los demás municipios es que sean residentes del mismo.

El artículo 380 de la Carta Fundamental derogó la anterior Constitución, junto con sus reformas, luego, quedaron automáticamente derogadas las normas que se dictaron en virtud de éstas v.gr. Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987; artículos 129 y 130 del Decreto

1333 de 1986 que desarrollaron el 201 de la antigua Constitución. Este argumento lo presentó como excepción de fondo, denominándola carencia de causa constitucional (Fls.62-64).

Sólo los funcionarios señalados en el artículo 5o. del Decreto No. 3135/68 son empleados públicos, luego, es equivocado decir que el Alcalde pertenece a esta categoría.

La causal de nulidad señalada en el libelo no aparece en los artículos 223, 224 y 228 del C.C.A.

4.- En calidad de parte impugnadora, el ciudadano Urbano Alméciga Martínez manifestó su opinión en contra de la prosperidad de la acción, en razón de que la demanda no invocó causal alguna de nulidad (Fl.75).

5.- Una vez presentados los alegatos de conclusión (Fls.132-147) y el concepto de fondo favorable a las pretensiones de la demanda (Fls.148-151), el Tribunal *A-quo* procedió a dictar sentencia de mérito, cuyos fundamentos resume la Sala así :

LA PROVIDENCIA APELADA

1.- El *A-quo* se refirió inicialmente a la excepción planteada por la parte impugnadora, en el sentido de que al no aparecer señalada en el libelo causal de nulidad alguna, faltó un presupuesto de carácter sustantivo que conducirá a la improsperidad de la acción.

Al respecto observó que aun cuando las causales de nulidad se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 223 del C.C.A., el 227 *ibidem* consagra como derecho sustantivo de toda persona, la posibilidad de acudir ante esta jurisdicción para demandar, directamente, los actos de las corporaciones electorales, por medio de los cuales se declare indebidamente alguna nulidad o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente sean inelegibles.

Y aun cuando la jurisdicción competente para conocer controversias electorales es rogada, en desarrollo de su actividad de juzgamiento está obligada a decidir de fondo el litigio, atendiendo las razones expuestas como marco del concepto de violación. En el *sub-júdice* el actor alega que el elegido lo fue con violación de la ley de inhabilidades, por cuanto se desempeñó como empleado público dentro de los tres (3) meses anteriores a su elección hecho por el cual podía pedir la nulidad de la respectiva elección y la subsiguiente cancelación de credencial.

Por las anteriores razones, el *a-quo* concluyó fallida la oposición del interviniente.

2.- Conforme al relato de los hechos, el demandado fue elegido Alcalde Municipal de la localidad de Albán-Cundinamarca; tiempo después dicha elección quedó sin efecto, en virtud de su declaratoria de nulidad y, en cumplimiento de la sentencia que así lo dispuso el Gobernador del Departamento de Cundinamarca (arts.13 y 19 L.78/

86 y 8o. L. 48/87) convocó a nueva elección, mediante el Decreto 001015 del 2 de marzo de 1993.

Para ese efecto el demandado inscribió su candidatura, no obstante su desempeño en el mismo cargo hasta el 7 de marzo de 1993 y, el ejercicio de autoridad civil y política que la función de alcalde lleva implícita. Para el 3 de mayo siguiente, cuando la segunda elección se llevó a cabo, no habían transcurrido ni tres meses, por lo tanto se configuran las inhabilidades establecidas en la Ley 78 de 1986, modificada por la Ley 49 de 1987.

En relación con la afirmación del apoderado del actor, en el sentido de que el régimen de inhabilidades, contenido en las leyes premencionadas, fue derogado por la nueva Carta Política, consideró el *a-quo* que si la Constitución de 1991, hubiera establecido un régimen propio, aplicable *sub-júdice* y diferente sustancial y materialmente a la ley hasta entonces vigente, esta última habría sido derogada, lo que no ocurrió, puesto que el punto relativo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio del cargo de alcalde municipal no fue mencionado en la Carta Política de 1991, salvo lo previsto en su artículo 314 en cuanto prohíbe la reelección, prohibición que ya existía en el texto del artículo 201 de la Constitución de 1886.

El artículo 315 *ibídem* que señala las atribuciones del alcalde es equivalente al 132 del C.R.M. y una parte del 130, con lo cual se constitucionalizaron normas de ese código.

Concluye entonces el *a-quo*, que el ordenamiento legal sobre inhabilidades para aspirar al cargo de alcalde municipal permanece vigente conforme a las leyes 78/86 y 49/87, toda vez que no se ha expedido nueva ley sobre la materia y las disposiciones contenidas en ellas no sólo no se oponen, sino que concuerdan con la nueva constitución, por lo cual su aplicación es imperativa.

Así las cosas, como el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la ley mencionada determina que no podrá ser elegido ni designado alcalde quien, como funcionario haya ejercido jurisdicción o, autoridad civil, política o militar, el demandado estaría incurso en la prohibición allí señalada, siendo entonces inelegible ya que desempeñó las funciones de alcalde municipal, dentro de los seis (6) meses previos a su nueva posesión (sic).

3.- En este caso no se dio la figura de la reelección, puesto que además de estar prohibida por la Carta Fundamental (art. 314), el período para el cual se realizaron los comicios de 1992, comenzaba en el mes de junio del mismo año, exténdiendose hasta diciembre de 1994, de suerte que al resultar nula la declaratoria de elección para ejercer el cargo en dicho período, la provisión interina o la nueva elección correspondía al resto del período.

4.- Finalmente, advierte el *a-quo*, que si la elección realizada en marzo de 1992, no fue válida según lo decidió por la jurisdicción, los actos dictados durante el ejercicio irregular del cargo sí lo son; surge entonces la infracción del mandato legal, al presentarse al debate y resultar elegido, el señor Jacobo Escobar Ordóñez, pues se

desempeñó como Alcalde del Municipio de Albán hasta el 7 de marzo de 1993, a menos de dos (2) meses de la nueva elección en la que obtuvo la mayoría de votos, para ejercer el mismo cargo que desempeñó con investidura plausible.

Con base en los argumentos resumidos, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la elección del señor Jacobo Escobar Ordóñez, como Alcalde Municipal de Albán - Cundinamarca y dispuso la cancelación de la respectiva credencial.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION

1.- DEL TERCERO INTERVINIENTE

La parte impugnadora solicita la revocatoria del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que el actor no citó en el libelo alguna causal de nulidad de las señaladas taxativamente en el artículo 223 del C.C.A.; en su opinión, la sentencia debió denegar las pretensiones del actor, pues al prosperar, como ocurrió en este caso, se contrarió la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que, el fallo debe ser inhibitorio cuando se presenta la omisión aludida, puesto que el carácter rogado de la jurisdicción impide al juzgador escoger alguno de los motivos de nulidad señalados en la norma premencionada.

2.- DE LA PARTE DEMANDADA

El apoderado del alcalde elegido manifiesta su desacuerdo con la que denomina tesis de "subsistencia de la legislación preexistente", por cuanto a su juicio, ella violó directamente los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Ley 153 de 1887, en concordancia con los artículos 17, 71 y 72 del C.C. y al efecto expone como fundamento los mismos argumentos que presentara en la constestación de la demanda y en su alegato de conclusión en la primera instancia.

También sostiene que los artículos 314 y 316 de la actual Carta Política no prohiben a los ciudadanos colombianos participar y ser elegidos en varias oportunidades dentro de su misma jurisdicción, pues las únicas prohibiciones que señala la Carta se relacionan con la reelección para el período siguiente (art. 314 1. a) y la de que sólo los ciudadanos residentes en el respectivo municipio pueden participar en la elección de las autoridades locales (art. 316).

Los argumentos resumidos, fueron reiterados por los apelantes en los escritos contentivos de sus alegatos de conclusión, visibles a folios 192 a 195 y 196 a 198; por su parte, el apoderado del actor puso de presente la omisión del Tribunal al no avocar su petición en el sentido de que el demandado pudo incurrir en violación de los artículos 172 y 182 del C.P. y a la vez solicitó la confirmación de la sentencia apelada (Fls. 199-206).

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Por las razones seguidamente resumidas, la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, solicita la confirmación de la sentencia apelada.

No es de recibo el argumento del tercero impugnador, ya que la nulidad de una elección no sólo se solicita cuando se ha incurrido en alguna de las causales previstas en el artículo 223 del C.C.A., pues tambien puede solicitarse cuando algún candidato fuere inelegible por estar inhabilitado para desempeñar el cargo.

La Procuradora manifiesta compartir la tesis sentada por esta Sala, según la cual, la derogatoria tácita de las normas que desarrollaron la antigua Carta Política (Art. 380 C.N.) debe entenderse en el sentido de que éstas siguen vigentes mientras no contraríen los actuales preceptos consititucionales y no sean derogadas por leyes expedidas en su desarrollo.

No existe duda de que el ejercicio de las funciones del alcalde configuran la causal de inhabilidad señalada en el numeral e) del artículo 5 de la ley 78/86, como quiera que ese funcionario es el representante legal del municipio, el jefe de la administración municipal (art. 128 C.R.M.) y la primera autoridad de policía.

Está claramente probado que el demandado se desempeñó como Alcalde Municipal de Albán desde el 1o. de junio de 1992 hasta el 7 de marzo de 1993, es decir dentro de los seis meses que antecedieron su elección (4 de mayo de 1993), por lo cual estaba incurso en la causal de inhabilidad invocada.

CONSIDERACIONES

1.- DE LA VIGENCIA DE LAS LEYES 78 DE 1986 Y 49 DE 1987.-

En diversos procesos esta Sala ha reiterado su posición en el sentido de que las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987 no han perdido vigencia, puesto que no fueron derogadas expresa ni tácitamente por la actual Carta Política (art. 380) y tampoco puede considerárselas insubsistentes, dado que no contrarían la letra ni el espíritu del precepto superior.

En efecto, el fallo citado por la Procuradora Octava Delegada, calendado el 22 de abril de 1993, con ponencia de quien hoy elabora el presente proevído, reza en su parte pertinente:

> *"Ahora, en sentir de la Sala, tampoco le asiste razón al recurrente, al considerar derogadas las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, bajo el supuesto de que por ser reglamentarias del acto legislativo No. 1 que estableció por primera vez la elección popular de alcaldes, al ser derogado éste por el artículo 380 de la nueva Constitución, corrieron la misma suerte dichas leyes.*
>
> *"Si se aceptara esta tesis, se crearía un vacío legislativo, no sólo en materia electoral sino en todos aquellos campos o actividades regulados por normas reglamentarias de la derogada Constitución. Las leyes pierden su vigencia en la medida en que sean derogadas expresa o tácitamente por*

otras leyes (artículos 1 y s.s. de la Ley 153 de 1887), y deben considerarse insubsistentes cuando sean claramente contrarias a la letra y al espíritu de la nueva Carta Política, como ocurre en el caso que cite el memorialista en apoyo de su argumentación.

Se refiere éste a que la tesis por él expuesta, ha sido admitida por esta Sección especial, en fallo dictado en el expediente No. 0828, de enero 22 de 1993 donde se expresó:

"Conforme a lo anotado antes, debe concluirse que lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 49 de 1987, por ser norma anterior a la vigencia de la actual Constitución Política y no acorde con la inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la misma, quedó derogado."

"Sobre el punto es oportuno obervar, que en el citado proceso, el asunto concreto debatido, versó sobre la situación que contempla el parágrafo 1 de la Ley 49 de 1987, y como bien se dice en aquél, esta disposición no es acorde con la inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la C.N., o sea, que siendo contraria a su letra y espíritu debe considerarse insubsistente según las voces del artículo 9 de la ley 153 de 1887. La Sección la estimó derogada, acepción que en el fondo, tiene el mismo alcance de la insubsistencia, vale decir, la no vigencia de la norma, pero se refirió al artículo sin especificar el parágrafo correspondiente.

"De la simple lectura de la providencia dictada en ese proceso, se desprende sin lugar a duda, que la expresión "derogado" se remite, exclusivamente, al parágrafo primero de la Ley 49 de 1987, sin que la referencia se extienda a la regla y al parágrafo segundo, por no ser disposiciones contrarias a la Constitución de 1991. ***Por tanto, salvo el punto que se acaba de explicar, las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987,*** *así como el artículo 129 de la Ley 1333 de 1986,* ***están vigentes.*** *(Subrayas fuera del texto), (Sentencia de abril 22 de 1993. Exp. 0968. Actor : JAIME AUGUSTO LOPEZ MORALES Y URBANO ALMECIGA MARTINEZ, Consejero Ponente Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA).*

Puesto que no existen razones de ninguna índole que obliguen a esta Sala a replantear la posición sentada, en relación con la vigencia de las Leyes 78/86 y 49/87 frente a la nueva Carta Política dicha posición habrá de reiterarse en esta ocasión.

2.- DE LA NULIDAD DE ELECCION DE ALCALDES

Para el tercero interviniente el fallo apelado contrarió la jurisprudencia de esta Sección, pues el proveimiento no debió ser de mérito, ya que el demandante omitió citar en el libelo la respectiva causal de nulidad, de las taxativamente señaladas en el artículo 233 del C.C.A.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Legal del alcalde popular (L. 78/86), no sólo son causales de nulidad de la elección de alcaldes las establecidas en el Código Contencioso Administrativo (Art. 223), tambien las constituyen: "*...la falta de calidades para ejercer el cargo, la violación al régimen de inhabilidades, las establecidas en el ... Código Electoral, Ley 95 de 1985 y las previstas en la ley*". (subraya y resalta la Sala). En este aspecto estuvo acertado el actor, pues el hecho constitutivo de la causal de inhabilidad que adujo en su demanda aparece contemplado en el literal e), artículo 5o., de la Ley 78 de 1986, subrogado por el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 49 de 1987, disposiciones que como quedó dicho están vigentes.

Pero el actor no sólo se limitó a enunciar el precepto legal, que en su concepto transgredió el acto acusado, expuso además los motivos de violación que bien pueden circunscribirse a una doble razón así: dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección, el demandado, señor Jacobo Escobar Ordóñez, ejerció autoridad civil, política y jurisdicción y, dentro de los tres (3) meses anteriores a la misma, se desempeñó como empleado oficial. Quiere ello decir, que el actor sí dio cumplimiento al presupuesto señalado en el artículo 137-4 del C.C.A., según el cual, toda demanda presentada ante esta jurisdicción debe indicar las normas violadas y explicar el concepto de su violación; en consecuencia, también estuvo acertado el *a-quo* al decidir sobre el fondo de la *litis*, tomando como base, el marco referencial del libelo.

3.- DE LA INHABILIDAD DEL DEMANDADO.-

El literal e) del artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, subrogado por el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 49 de 1987, precepto que a juicio del actor transgrede el acto demandado dice :

"... Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado Alcalde ...

*"e) **Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial** o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio"* (subraya y resalta la Sala).

En el proceso aparecen demostrados los siguientes hechos :

3.1.- Por sentencia del 2 de febrero de 1993 (Fls. 117 - 128), esta Sala confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el sentido de anular la elección de Alcalde Municipal de Albán - Cundinamarca, recaída en el señor Jacobo Escobar Ordóñez, para el período 1992 - 1994 (Fls.98 -116).

3.2.- En cumplimiento de la sentecia anulatoria y haciendo uso de las atribuciones conferidas por los artículos 19 de la Ley 78/86 y 8o. de la Ley 49 de 1987, el Gobernador

de Cundinamarca expidió el Decreto 01015 del 2 de marzo de 1993 (Fls. 13 - 14), mediante el cual designó en calidad de alcalde encargado del municipio de Albán al señor Luis Francisco Barón Urrea; en el mismo acto administrativo se convocó a elección popular para el 2 de mayo de 1993, a efecto de elegir burgomaestre para la misma localidad.

3.3.- Jacobo Escobar Ordóñez, relevado de la Alcaldía de Albán por virtud de la declaratoria de nulidad de su elección, se desempeñó como Alcalde de esa localidad desde el 1o. de junio de 1992 hasta el 7 de marzo de 1993 (Fls. 15 y 16), un día después -8 de marzo/93- el alcalde encargado tomó posesión de dicho cargo (Fl.58).

3.4.- Pasados 20 días de su retiro, el 28 de marzo de 1993 (Fl.10), el señor Jacobo Escobar Ordóñez se inscribió como candidato para las elecciones que convocara el Gobernador de Cundinamarca habiendo sido elegido nuevamente Alcalde Popular de Albán, el 2 de mayo de 1993 (Fls. 11 -12).

Dado que entre la fecha de retiro de la alcaldía de Albán y la de la nueva elección del demandado, transcurrieron menos de dos meses (56 días aproximadamente), es indudable que el elegido estaba incurso en la inhablidad señalada en la norma invocada en la demanda puesto que dentro de los tres (3) meses anteriores a su elección, se desempeñó como empleado oficial en el cargo de Alcalde popular de Albán; este cargo, en términos del artículo 3o. de la Ley 49 de 1987 confiere a quienes lo desempeñan la condición de empleados municipales, los que a su vez son clasificados como empleados públicos por el artículo 292 del C.R.M.; esta última categoría comprendida dentro de la denominación genérica de empleados oficiales.

Lo anteriormente expuesto bastaría para anular la elección impugnada, lo cual no obsta para que la Sala haga seguidamente unas breves acotaciones.

La Segunda causal de inhabilidad aducida en el libelo, endilga al demandado el haber ejercido autoridad civil, política y jurisdicción dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección. Para determinar si en el evento sub-análisis se estructuró este segundo hecho inhabilitante, basta analizar algunas de las funciones asignadas a los alcaldes y, si éstas pueden considerarse dentro de lo que la jurisprudencia ha definido como ejercicio de autoridad civil, política y jurisdicción.

En efecto, se ha dicho que **la autoridad civil lleva implícita la potestad de mando o imperio, pudiendo ser ejercida obre la generalidad de las personas por determinación de la ley; dicha potestad tiene su expresión más clara en el ejercicio del poder ejecutivo, que en el nivel municipal ostenta y ejerce el alcalde, funcionario que por determinación constitucional (art. 314) es el Jefe de la administración local y representante legal del municipio.**

Por autoridad política se entiende "la que ejercen los que gobiernan y mandan ejecutar las leyes" (Extractos de jurisprudencia abril-mayo-junio 1989, pág.

570); **un ejemplo de ejercicio de dicha autoridad lo constituye el deber que la Carta impone a los alcaldes de "Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas y los acuerdos municipales"** (art. 315 - 1 C.N.).

Esta Corporación ha dicho que la jurisdicción "es la facultad de administrar justicia, el poder o la potestad de decir y de proveer a la tutela y realización en los casos concretos sometidos a la decisión de las personas u organismos competentes" (Exp. 872 Consejero Ponente Dr. JOAQUIN VANIN TELLO, diciembre 3 de 1982. Sección Segunda. Jurisprudencia Electoral del Consejo de Estado 1977 - 1978, pág. 199).

Las funciones policivas que en materia penal ejercen los alcaldes, como cuando se ocupan de las controversias comunes señaladas en el Código Nacional de Policía, son diferentes y no pueden confundirse con la facultad de administrar justicia, ejercida permanentemente por los jueces, puesto que el carácter de dichas funciones es administrativo y no judical. No ocurre lo mismo con la facultad delegable que el artículo 5-5 de la Ley 49 de 1987 otorga a los alcaldes para ejercer la justicia fiscal, para cuya aplicación, los inviste de jurisdicción coactiva, convirtiendo así a un funcionario administrativo, en el juez del conocimiento que tiene a su cargo el cobro de las dudas fiscales a favor del municipio.

En este orden de ideas, cabe concluir que si el señor Jacobo Escobar Ordóñez desempeñó el cargo de Alcalde en el municipio de Albán - Cundinamarca, hasta aproximadamente 54 días antes de su nueva elección, también ejerció autoridad civil, política y jurisdicción, dentro de los seis (6) meses que antecedieron a la misma, luego, se configuró la segunda inhabilidad aducida en la demanda y señalada en el literal e), artículo 5o. de la Ley 78 de 1986.

Lo dicho antes podría colocar al demandado en las conductas tipificadas en los artículos 172 y 182 del C.P., razón por la cual, la Sala accederá a la petición del actor, en el sentido de que se envíen copia del expediente a la autoridad penal correspondiente con el fin de que se establezca si el demandado infringió los proceptos aludidos.

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

FALLA:

PRIMERO: Confírmanse los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de octubre de 1993.

SEGUNDO : Adiciónase la parte resolutiva de la providencia referida en el numeral precedente para que, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de ésta, se remitan copias del expediente a la autoridad penal competente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTE PROVEIDO **DEVUELVASE** EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue leída estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez. Luis Eduardo Jaramillo Mejía. Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION DE TUTELA/RECURSO DE SUPLICA- Improcedencia

Ni la Constitución Nacional en su artículo 86, ni su Decreto Reglamentario 2591 de 1991, contemplan recurso diferente al de la impugnación para la revisión de las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela, omisión que obviamente obedece al carácter preferente y sumario de su procedimiento, la perentoriedad de sus términos y la rapidez y eficacia en la definición y aplicación de los derechos tutelados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente : *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia : Expediente No. 0012. Actor : **Josef Otto Eichmann - Panalpina S.A.**

Diciendo impugnar la providencia de fecha 16 de diciembre del año pasado, mediante la cual esta Sala se abstuvo de dar trámite a la acción de tutela propuesta por la Sociedad Panalpina S.A., contra la sentencia del 10 de septiembre de 1993 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el representante legal de la citada sociedad presentó un memorial dirigido a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el cual expresa que "con el debido comedimiento ocurro a la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado para impugnar la sentencia calendada el 16 de diciembre de 1993 y mediante la cual la Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta de esta Corporación se abstiene de dar trámite a la acción de tutela", y suplica a la misma Corporación,

"1.- Se admita la acción de tutela y se le dé el trámite ordenado por la Constitución y la ley.

2.- Se revoque la sentencia proferida por la Sección Quinta - Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado con fecha 16 de diciembre de 1993, la cual fue notificada mediante comunicación dirigida a la sociedad el 11 de enero de 1994.

3.- Se anule la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado Sección Cuarta - Sala de lo Contencioso Administrativo el 10 de septiembre de 1993 dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por PANALPINA S.A. contra los actos administrativos que determinaron el impuesto a su cargo para el año gravable de 1982.

4.- Declarar en firme como resultante de la nulidad que aquí se impetra y como una consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios presentada por PANALPINA S.A. para el ejercicio gravable de 1982."

Los términos mediante los cuales la solicitud es propuesta no ofrecen suficiente claridad sobre la pretensión perseguida por el peticionario en su escrito, ya que su encabezamiento habla de "impugnar la setencia calendada el 16 de diciembre de 1993 y mediante la cual la Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta de esta Corporación se abstiene de dar trámite a la acción de tutela", en tanto que en la parte petitoria de la misma parece suplicar la decisión de la Sala.

Interprétese el escrito en uno u otro sentido, considera la Sala que la petición es a todas luces improcedente por los siguientes motivos:

1o.- Porque la impugnación que parece proponer y que está contemplada en el Decreto 2591 de 1991, estatuto reglamentario de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, es un medio de defensa establecido en el artículo 31 del mencionado decreto para el control de las decisiones de los jueces de primera instancia en consideración al doble grado de competencia instituído en los artículos 37, 31 y 32 del decreto.

No es por tanto lógico ni jurídico que las decisiones del Consejo de Estado, Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, carente de superior jerárquico sean susceptibles de revisión en un grado de competencia no contemplado en la legislación vigente. Consecuentemente, por este aspecto, la petición es abiertamente improcedente.

2o.- Ahora bien, si lo pretendido por el peticionario es recurrir en súplica la providencia proferida por esta Sala el 16 de diciembre de 1993, dentro del proceso de la referencia, habrán de establecerse las siguientes precisiones :

a) Ni la Constitución Nacional en su artículo 86, ni su Decreto Deglamentario 2591 de 1991, contemplan recurso diferente al de la impugnación para la revisión de las

decisiones proferidas dentro de la acción de tutela, omisión que obviamente obedece al carácter preferente y sumario de su procedimiento, la perentoriedad de sus términos y la rapidez y eficacia en la definición y aplicación de los derechos tutelados.

b) En el supuesto de que la normatividad vigente admitiera la viabilidad del recurso de súplica, habría que establecer las siguientes distinciones sobre su procedencia según se trate del recurso ordinario o del extraordinario.

1.- Si del primero, es decir, de la súplica ordinaria, la solicitud no es pertinente, por cuanto la viabilidad de este recurso, conforme al artículo 363 del C. de P.C., modificado por el artículo 1o. numeral 8o. del Decreto 2282 de 1989, aplicable por virtud de lo dispuesto en el artículo 4o. del Decreto 306 de 1992, sólo es posible "contra los autos que, por su naturaleza serían apelables, **dictados por el magistrado ponente** en el curso de la segunda o única instancia", y la providencia supuestamente suplicada se profirió por la Sala Electoral y no por su ponente. (subrayas fuera de texto).

2.- Si se trata del segundo, vale decir del recurso extraoridinario de súplica, su pertinencia es a todas luces inadecuada no sólo por no estar consagrada su procedencia en el procedimiento civil.

Por consiguiente no puede prosperar la petición del solicitante.

Por lo anteriormente expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Rechazar por improcedente la solicitud presentada por el señor Joseff Otto Eichman, en su carácter de representante legal de la sociedad Panalpina S.A. contra la providencia de fecha 16 de diciembre de 1993 proferida por esta Sala.

Por Secretaría dése cumplimiento a lo ordenado en el citado proveído.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO EJECUTIVO/RECURSO DE APELACION-Término/ **EXCEPCIONES**-Diferencias

De conformidad con el artículo 505 del C. de P.C. el mandamiento ejecutivo es apelable en el efecto de devolutivo y el recurso puede interponerse en el mismo acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes. La Tesorería Municipal de Buenos Aires denegó el recurso con el peculiar argumento de que la apelación debe motivarse necesariamente con escrito de excepciones. Tal raciocinio es inadmisible por decir lo menos, puesto que una cosa es el recurso de apelación que, se repite puede interponerse en el momento de la notificación del auto de mandamiento de pago o dentro de los tres días siguientes por quien le haya sido desfavorable tal decisión, con objeto de que la jurisdicción contencioso administrativa revise los motivos que llevaron al *a-quo* a librar la orden de pago, los cuales se contraen a establecer si el título que sirve de base a la ejecución contiene una obligación clara, expresa y exigible, para determinar si lo confirma, modifica o revoca. Y otra cosa muy distinta son las excepciones previas o de mérito según que ataquen el procedimiento o tiendan a desconocer el afectado y que puede proponer en oportunidad procesal diferente, esto es, dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, o si éste fuere recurrido, dentro del mismo término a partir de la notificación del auto que lo confirme o reforme.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá D.C., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente No. 0363. Actor: MUNICIPIO DE BUENOS AIRES (CAUCA) C/CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA (C.V.C.).

Conoce la Sala sobre el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, entidad a la cual la Tesorería Municipal de Buenos Aires, Cauca, mediante auto de fecha 7 de octubre de 1993, le denegó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de mandamiento de pago. (Fls. 35 y 36).

Surtido el trámite que ordena el artículo 378 inciso sexto del Código de Procedimiento Civil, se procede a decidir previa consignación de los siguientes

ANTECEDENTES

Teniendo como título la resolución No. 290 de agosto 10 de1993, por medio de la cual el Alcalde Municipal de Buenos Aires gravó a la Corporación Autónoma Regional del Cauca con la suma de $393.874.122.60 por concepto de impuesto por la extracción de materiales para la construcción de la obra "La Salvajina": y la resolución de 24 de agosto de 1993 confirmatoria de la anterior, la tesorería de municipio de Buenos Aires libró auto de mandamiento de pago sin fecha, que fue notificado a la apoderada de la citada Corporación el 18 de septiembre de 1993.

Contra el anterior proveído la representante judicial de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, interpuso el recurso de apelación con sustento en que la entidad mencionada es un establecimiento público que en razón de gozar de los mismos derechos y prerrogativas de la Nación, no puede ser ejecutada de acuerdo con sus estatutos y con la ley.

Mediante auto de octubre 7 de 1993, el Tesorero Municipal de Buenos Aires, no concedió el recurso de alzada interpuesto contra el mandamiento de pago, aduciendo que en el proceso ejecutivo la cuantía debe ser superior a $800.000 y que, "... además de apelarse el auto se haya motivado tal apelación con escrito de excepciones". (Fl.43).

EL RECURSO DE QUEJA

Cumpliendo con el mandato del artículo 378 del Código de Procedimiento Civil el recurrente solicitó reposición de la providencia de octubre 7 de 1993 para en su lugar se concediera el recurso de apelación contra el mandamiento ejecutivo. Subsidiariamente solicitó copias auténticas de toda la actuación.

Mediante proveído de noviembre 3 de 1993, la Tesorería Municipal de Buenos Aires no revocó su proveído de octubre 7 de 1993 y concedió las copias solicitadas. (Fls. 49 y 50).

Por conducto de nuevo apoderado, la C.V.C. interpuso recurso de queja contra la negativa de la Tesorería Municipal de Buenos Aires de conceder el de apelación,

fundamentándolo en que el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil determina que en los proceso de ejecución el mandamiento de pago es apelable en el efecto devolutivo, recurso que debe interponerse ante el juez que dictó la providencia en el acto de su notificación o dentro de los tres días siguientes, todo lo cual se ha cumplido a cabalidad en el presente caso, por lo que solicita que se conceda el recurso de apelación contra la orden de pago y proceda el Consejo de Estado, por competencia a resolver la alzada revocando el mandamiento ejecutivo, acogiéndose para hacer esta petición a las razones expuestas en el memorial de sustentación de la apelación presentado por la anterior apoderada de la C.V.C.

Acompañó las copias expedidas por la Tesorería Municipal de Buenos Aires, para el recurso de queja.

Para resolver,

SE CONSIDERA

De conformidad con el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil el mandamiento ejecutivo es apelable en el efecto devolutivo y el recurso puede interponerse en el mismo acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes.

En este caso, el auto de mandamiento de pago librado por la Tesorería Municipal de Buenos Aires, Cauca, en contra de Corporación Autónoma Regional del Cauca fue notificado a la Representante Legal de la entidad ejecutada el 18 de septiembre de 1993, quien en el mismo acto manifestó que apela dicho mandamiento de pago ante el Consejo de Estado según consta al folio 37, y lo sustentó en escrito visible de folios 38 a 42.

La Tesorería Municipal de Buenos Aires denegó el recurso con el peculiar argumento de que la apelación debe motivarse necesariamente con escrito de excepciones.

Tal raciocinio es inadmisible por decir lo menos, puesto que una cosa es el recurso de apelación que, se repite puede interponerse en el momento de notificación del auto de mandamiento de pago o dentro de los tres días siguientes por quien le haya sido desfavorable tal decisión, con el objeto de que la jurisdicción contencioso administrativa revise los motivos que llevaron al *a-quo* a librar la orden de pago, los cuales se contraen a establecer si el título que sirve de base a la ejecución contiene una obligación clara, expresa y exigible, para determinar si lo confirma, modifica o revoca.

Y otra cosa muy distinta son las excepciones previas o de mérito según que ataquen el procedimiento o tiendan a reconocer las pretensiones del demandante, que tiene a su alcance el afectado y que puede proponer en oportunidad procesal diferente, éste es, dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, o si éste fuere recurrido, dentro del mismo término a partir de la notificación del auto que lo confirme o reforme.

En cuanto a la cuantía, el mandamiento de pago librado por la Tesorería Municipal de Buenos Aires fue por la suma de $393.874.122.60, la cual supera la establecida por la ley para fijar en el Consejo de Estado la competencia para conocer de procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva.

Resulta, entonces, lógico concluir que las razones expresadas por el apoderado de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, que tienen que ver con la aplicación del debido proceso encuentran pleno respaldo en la ley, y ello significa que prospera el recurso de queja propuesto.

Conforme lo dispone el inciso 3o. del artículo 505 del Código de Procedimiento Civil se concede el recurso de apelación en el efecto devolutivo. Así habrá de comunicarse esta decisión al juez del conocimiento para los efectos previstos en el artículo 378 *ibidem.*

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

1o.- Decidir el recurso de queja en el sentido de conceder en el efecto devolutivo, la apelación interpuesta contra el auto de mandamiento de pago, sin fecha, dictado dentro del presente proceso por la Tesorería Municial de Buenos Aires, Cauca contra, la Corporación Autónoma Regional del Cauca C.V.C. por la suma de $393.874.122.60.

2o.- Comuníquese esta decisión al Tesorero Municipal de Buenos Aires, Cauca y solicítese del mismo el envío del expediente en copias a costa del apelante.

3o.- Reconócese personería para actuar a nombre de la Corporación Autónoma Regional del Cauca C.V.C. al doctor Alberto Fernández Cadavid con tarjeta profesional No. 2.016 del Ministerio de Justicia, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Con la constitución de nuevo apoderado se entiende revocado el poder a la doctora Doris Gallego Narváez conforme a lo previsto en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Presidente : *Miren De La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA/EXCEPCION DE FALTA DE LITIS CONSORCIO NECESARIO-Improcedencia

Tratándose de procesos de conocimiento que versan sobre relaciones de actos jurídicos los que dada su naturaleza o por disposición legal, no es posible resolver de mérito sin la vinculación de las personas intervinientes en esas relaciones o actos, pero tratándose de procesos ejecutivos no son aducibles, porque en esto no se persigue obtener decisión declarativa de condena o la constitución de un título, sino la efectividad de un crédito cuyo importe consta en un título complejo ya constituído, en el que aparece claramente determinada la entidad administrativa acreedora y la persona obligada. La excepción de "Falta de *Litis* Consorcio Necesario" no está llamada a prosperar: además se observa que la excepción fue propuesta antes de la reforma del Decreto 2282 de 1989 o sea cuando el artículo 509 del C. de P.C., se refería a las excepciones previas que podían proponerse en casos como el presente, señalando las consagradas en los numerales 1 a 5 del art. 97, dentro de los cuales no está incluída la que es motivo de examen.

TITULO EJECUTIVO/EXCEPCIONES/EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION-Improcedencia/VIA GUBERNATIVA

Bajo la denominación "Falta de Título Ejecutivo" no aparece consagrada ninguna excepción de las que taxativamente señala el artículo 509 numeral 2o. del C. de P.C. como oponibles al título ejecutivo cuando éste consiste en una providencia que conlleve ejecución; norma que es perentoria al determinar que "sólo" podrán alegarse que las excepciones

de pago, compensación, confesión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia y las de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140 del C. de P.C. y de la pérdida de la cosa debida. Los fundamentos de hecho que sirven de soporte a la excepción, no tuvieron ocurrencia con posterioridad a la expedición del acto administrativo que junto con la póliza constituye el título. Estos hechos se refieren a cuestiones que ha debido la sociedad demandada debatir en la vía administrativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 561, inciso 2o. del C. de P.C.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Admnistrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr.Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0365. Partes: **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales vs. Seguros del Estado y/o Arinco Ltda.**

JURISDICCION COACTIVA

Decide la Sala, las excepciones "Falta de *Litis* Consorcio necesario" y "Falta de título ejecutivo" propuestas por la apoderada de la compañía aseguradora demandada, contra el auto de mandamiento de pago proferido el 24 de abril de 1989 (Fl.29) por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

El título con mérito ejecutivo que da fundamento a la antecitada medida, está integrado por la póliza de cumplimiento número EO50610 expedida por Seguros del Estado el 12 de abril de 1984 vista a folio 18 y los certificados de modificación números 55602 del 30 de marzo de 1987 (Fl.13) mediante el cual se prorrogó la vigencia de la póliza hasta el 31 de marzo de 1988 y 57041 del 19 de febrero de 1988 (Fl.12) que redujo su valor a veintiocho millones de pesos ($28.000.000.oo) m/cte. y prorrogó de nuevo su vigencia hasta el 30 de septiembre de 1988. Además, la resolución número 025 del 15 de julio de 1988 expedida por la Dirección General de Aduanas, por la que se hizo efectivo su cumplimiento.

Por la expresada suma y los intereses y costas que se causaren, el funcionario ejecutor libró orden de pago en favor del Tesoro Nacional y contra Seguros del Estado S.A., Sociedad ésta que a través de su representante legal, se notificó personalmente de la providencia ejecutiva tal como se observa a folio 31.

Por conducto de apoderada legalmente constituída y dentro del término de ejecutoria, la demandada interpuso recurso de resposición y subsidiariamente el de apelación (Fls. 33 y s.s.). El primer recurso fue negado (Fl.55) y el segundo se declaró desierto por falta de pago de valor de las expensas legales de conformidad con el artículo 356 del C. de P.C.(F.57).

En escrito separado visto a folio 38 y s.s., la citada apoderada formuló contra el mandamiento de pago las excepciones que denominó: **1."FALTA DE *LITIS* CONSORCIO NECESARIO" y 2."FALTA DE TITULO EJECUTIVO".**

Aduce respecto a la primera, que por medio de la Ley 225 de 1938 y como una necesidad sentida del desarrollo mercantil, se creó el seguro de cumplimiento. Seguros que la doctrina generalizada los denomina **"SEGUROS DE FIANZA"** porque comparten las características legales de la fianza y deben adecuarse a las disposiciones normativas que las "ilumina y desarrolla", de las cuales se desprende que se trata de un contrato de fianza no solidario "e inclusive existen apartes en esa normación que son expresos al manifestar la ausencia del fenómeno de solidaridad entre el afianzador -aseguradora- y el afianzado deudor de la obligación contractual".

Por ello -concluye la excepcionante- "mal podría decirse sin existir solidaridad, que el proceso pueda discurrir sin su notificación o comparecencia, por que es el contratista afianzado quien puede proponer las exepciones que se derivan de la relación contractual por el conocimiento directo que ha tenido de ella..." Apoya su argumentación en lo dispuesto por el artículo 83 del C. de P.C. que trascribe.

Con relación a la segunda excepción, expresa :

1. ARINCO S.A., (sic) persona jurídica con domicilio en Bogotá, que tiene como Objeto Social entre otros, la construcción de Obras Civiles.

2. En desarrollo de su objeto suscribió con el Ministerio de Obras Públicas el Contrato No. 640/83, para la construcción de la Carretera ALTAMIRA-FLORENCIA, que se constituyó como obra de primordial importancia para el Gobierno Nacional en razón al cúmulo de problemas de Orden Público suscitados en la zona y que bien conoció el País.

3. Para la ejecución del Contrato y por las especiales condiciones geológicas del terreno donde debía construirse la Carretera, ARINCO S.A., (sic) requirió (sic) la Importación temporal de una serie de máquinas adecuadas al efecto.

4. Solicitada la Importación Temporal, la Aduana mediante resolución No. 1042 del 16 de Abril/84, concedió autorización para importar temporalmente los equipos descritos en la Licencia de Importación transitoria no reembolsable Nos. 17918, 17933, 25469, 25470 de 1984.

5. Para dar cumplimiento a las obligaciones que se derivaron de dicha importación temporal solicitó y obtuvo de SEGUROS DEL ESTADO S.A., la Póliza de Cumplimiento No. 50610, cuyo objeto consistía en Garantizar la Nacionalización o Reexportación de los equipos autorizados en los Registro de Importación antes enunciados.

6. Inconvenientes financieros por parte del Ministerio de Obras Públicas y problemas atinentes a la Subversión del Orden Público en la zona impidieron la terminación oportuna del Contrato suscrito entre las partes e hicieron necesaria su prórroga, la que fue suscrita el 24 de junio de 1988, lo que "motivó no haber solicitado con el mes de antelación la prórroga la firma de ARINCO S.A., (sic) hecho este que se encuentra probado (folio 000005) y constituye una fuerza mayor ajena a la voluntad del declarante de que trata la Ley 95 de 1890". (la anterior es transcripción textual de la resolución No. 004076 del 29 de septiembre de 1988, expedida por la Dirección General de Aduanas).

7. Lo antes expuesto y atendiendo a los considerandos cuya transcripción textual hicimos en el numeral anterior, fue causa eficiente para que la Dirección General de Adunas en la parte Resolutiva de la resolución No. 004076/88,- dispusiera:

... Artículo 2o.- "Prorrogar con fundamento en el artículo 220 del Decreto 26/-8466, en armonía con el artículo 3o. del Decreto 2377/86 y de conformidad con lo dispuesto en la instrucción 06 del 14 de abril/87, a favor de la firma ARINCO S.A., (sic) hasta el 30 de junio/89 la permanencia en el país de los Equipos y Maquinaria al amparo de las Licencias de Importación no Reembolsables Nos.17918, 17933, 25469, 25470 de 1984.

Concluirá el señor Juez, con nosotros que habiéndose prorrogado la vigencia de la Licencia de Importación Temporal y no estando vencido su término, mal podrá desconocerse la realidad jurídica creada por la Dirección General de Aduanas, quien es el ejecutante, a través de la resolución No. 004076/88. De otra parte el Contrato de Seguro No. 50610, único medio vinculante, ampara exclusivamente a las licencias de Importación Temporal que precisamente la Aduana prorrogó por lo que consecuencialmente tampoco existe para el presente caso fundamento jurídico para la ejecución con base en la citada póliza.

Agotado el trámite previsto en el artículo 510 del C. de P.C. procede resolver lo que en derecho corresponda previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

A juicio de la apoderada de la persona jurídica demandada, a este proceso debe citarse en calidad de *litis*-consorcio necesario a la firma ARINCO S.A., tal como lo indica el artículo 83 del C. de P.C., en virtud de ser la contratista afianzada, la deudora principal de la obligación derivada del contrato administrativo y no existe entre las dos sociedades solidaridad alguna respecto a dicha obligación.

"Decir que el deudor principal de la obligación - agrega - no es sujeto de tal relación o que no interviene en dicho acto implicaría la negación del contrato ..."

Estas apreciaciones estima la Sala son valederas tratándose de procesos de conocimiento que versan sobre relaciones o actos jurídicos los que dada su naturaleza o por disposición legal, no es posible resolver mérito sin la vinculación de las personas intervinientes en esas relaciones o actos, pero tratándose de procesos ejecutivos no son aducibles, porque en éstos no se persigue obtener decisión declarativa de condena o la constitución de un título, sino la efectividad de un crédito cuyo importe consta de un título complejo ya constituído, en el que aparece claramente determina la entidad administrativa acreedora y la persona obligada.

Ahora, si bien el tomador -en este caso "ARINCO LTDA." - es parte en el contrato de seguro, esa relación contractual no impide que ante el incumplimiento de los compromisos asumidos por éste, la administración pueda ejercer el cobro de la garantía directamente contra quien la otorga, puesto que, según las cláusulas de la póliza, es el garante quien se obliga individualmente frente a aquélla para el caso de que se dé el riesgo asegurado.

Así las cosas, la relación jurídico procesal trabada únicamente frente a Seguros del Estado la considera la Sala ajustada a derecho, no sólo porque como se obervó, en los procesos ejecutivos no se da la figura del "*litis* consorcios necesario" - aserto que encuentra fundamento en el artículo 52 inciso cuarto del C. de P.C. -, sino porque además, el título ejecutivo que dio origen al mandamiento de pago está conformado por la póliza de seguro y el acto administrativo mediante el cual ésta se hizo exigible, reuniendo así las condiciones que para que preste ese mérito de compulsión establece el artículo 68 del C.C.A.

El acto administrativo a que se hace alusión está contenido en la resolución número 025 del 15 de julio de 1988 y en éste se adoptan dos decisiones: se requiere a la Compañía de Seguros del Estado para que en el término de diez (10) días contados a partir del siguiente a la notificación de la providencia, cancele a favor de la Aduana Nacional con sede en Riohacha el valor del interés asegurado, y a ARINCO LTDA., o sea el contratista, para que en el mismo término cumpla la obligación. Es decir, que en cuanto al pago de la suma acordada como garantía, el acto se refirió directamente a la seguradora más no al tomador de la póliza, del cual sólo exige el cumplimiento del contrato dentro del cierto término y es lógico suponer que no cumplió, porque si lo hubiere hecho la acción ejecutiva coactiva no tendría fundamento. Conforme con lo anterior, la excepción de "Falta de Litis Consorcio Necesario" no está llamada a prosperar; además se observa que la excepción fue propuesta antes de la reforma del D. 2282/89 o sea cuando el art. 509 del C. de P.C., se refería a las excepciones previas que podían proponerse en casos como el presente, señalando las consagradas en los numerales 1 al 5 del art. 97, dentro de los cuales no está incluída la que es motivo de examen.

Respecto a la excepción de **"Falta de Título Ejecutivo"**, que se fundamenta en los hechos textualmente transcritos en la parte motiva de este proveído, considera la

Sala que bajo esa denominación no aparece consagrada ninguna excepción de las que taxativamente señala el artículo 509 numeral 2 del C. de P.C. como oponibles al título ejecutivo cuando éste consista en una providencia que conlleve ejecución; norma que es perentoria al determinar que "sólo" podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confesión, novación, remisión, prescripción o transacción, **siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia** (subraya la Sala), y las de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140 del C. de P.C. y de la pérdida de la cosa debida.

Los fundamentos de hecho que sirven de soporte a la excepción, no tuvieron ocurrencia con posterioridad a la expedición del acto administrativo que junto con la póliza constituye el título. Estos hechos se refieren a cuestiones que ha debido la sociedad demandada debatir en la vía administrativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 561, inciso 2 del C. de P.C.

Básicamente se alega fuerza mayor -ajena a la voluntad del contratista- para justificar el incumplimiento de las obligaciones que éste contrajo con la administración y la supuesta vigencia de la licencia de importación temporal objeto de la garantía, por prórroga del término de vencimiento, aspectos que como claramente se ve su discusión pertenece al ámbito administrativo y no al incidente de excepciones en el proceso de Jurisdicción Coactiva.

Y es de obsevar, finalmente, que el acto administrativo en que se apoyó la medida ejecutiva, no tuvo ningún reparo en cuanto a las disposiciones allí adoptadas, ni en relación con el procedimiento agotado para su notificación, conservando dada su firmeza, la presunción de legalidad no desvirtuada mediante las excepciones formuladas por la aseguradora, las que deberán declararse no probadas

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

FALLA:

PRIMERO: Declárense no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: Ordénase llevar adelante la ejecución.

TERCERO: Condénase al ejecutante al pago de las costas del proceso, las que junto con el crédito se liquidarán conforme a lo indicado en el artículo 521 del C.de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTE PROVEIDO **DEVUELVASE** A SU OFICINA DE ORIGEN.

Esta providencia fue leída, estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Virgilio Almanza Ocampo, Secretario (E).

TITULO EJECUTIVO/EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-Improcedencia/ **PRINCIPIO DE PREJUDICIALIDAD**-Declaración/**JUEZ DEL CONOCIMIENTO/COMPETENCIA**

La excepción de pleito pendiente prevista en el numeral 10 del artículo 97 de C.del P.C., puede oponerse en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva siempre que exista otro proceso en curso que involucre a las mismas partes, verse sobre los mismos hechos y tenga el mismo objeto, requisitos éstos que ciertamente no se cumplen en el *sub-lite*. Es oportuno señalar que si los actos administrativos, que son el título ejecutivo en el *sub-lite*, están siendo debatidos ante la jurisdicción contencioso administrativa podría darse el fenómeno de la prejudicialidad en razón de estar pendiente de definición la validez de dichos actos, lo cual eventualmente daría lugar a la suspensión del proceso conforme está previsto en el artículo 170 del C. de P.C. Más no es de resorte del Consejo de Estado hacer pronunciamiento alguno en tal sentido por no ser de su competencia si no del funcionario del conocimiento según lo dispone el artículo 171 *ibídem* y frente a petición del interesado.

JURISDICCION COACTIVA-Régimen Aplicable

El artículo 109 numeral 5 del Decreto 2503 de 1987 que invoca el excepcionante, que en la actualidad corresponde al artículo 831 numeral 5o. del Decreto 624 de 1989 o ESTATUTO TRIBUTARIO, evidentemente consagra como excepción la interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero es claro que no

cabe su aplicación en el presente caso, por cuanto el precepto mencionado es propio de la reglamentación especial establecida para el "Cobro Administrativo Coactivo" de las deudas fiscales, "...por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales..." (art. 823 del Decreto 624 de 1989) siendo dicha excepción, oponible en ese procedimiento administrativo, más no dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, que como el libelista lo reconoce, se rige según el trámite del proceso ejecutivo previsto en el C. de P. C.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0343. Actor: Superintendencia Bancaria C/ Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda.

Decide la Sala de la excepción previa propuesta mediante apoderado por Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda, contra el mandamiento de pago proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales el 14 de septiembre de 1990.

ANTECEDENTES

Teniendo como título de recaudo las resoluciones Nos. 4311 de 26 de diciembre de 1989, 4397 de 28 de los mismos mes y año, confirmadas por la No. 0359 de 9 de febrero de 1990, por las cuales la Superintendencia Bancaria impuso multas a Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda por las sumas de $ 185.189.59 y $16.730.458.48, para un total acumulado de $ 16.915.645.07, por incurrir en defectos de encaje y por exceso a la relación máxima de activos a patrimonio (Fls. 1 a 17), el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago contra la citada Corporación el 14 de septiembre de 1990, por la cantidad total indicada, más las costas que se causaren (Fl.22).

El mandamiento ejecutivo fue notificado personalmente al apoderado judicial de la Corporación Ahorramás el 7 de marzo de 1991 (Fl. 28).

En la oportunidad legal propuso la excepción previa de pleito pendiente (Fls. 40 a 44), con fundamento en que su representada instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo el 21 de junio de 1990 contra las resoluciones Nos. 4311 y 4397 de 1989 ratificada mediante la resolución No. 0359 de 1990, proceso dentro del cual ya se admitió la demanda y se corrió traslado a la Nación representada por la Superintendencia Bancaria.

Lo anterior significa que entre el proceso instaurado por Ahorramás y el iniciado en su contra por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales existe identidad de partes, de objeto y de causa, por lo cual se ha generado la excepción de pleito pendiente.

TITULO EJECUTIVO/EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-Improcedencia/ **PRINCIPIO DE PREJUDICIALIDAD**-Declaración/**JUEZ DEL CONOCIMIENTO/COMPETENCIA**

La excepción de pleito pendiente prevista en el numeral 10 del artículo 97 de C.del P.C., puede oponerse en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva siempre que exista otro proceso en curso que involucre a las mismas partes, verse sobre los mismos hechos y tenga el mismo objeto, requisitos éstos que ciertamente no se cumplen en el *sub-lite*. Es oportuno señalar que si los actos administrativos, que son el título ejecutivo en el *sub-lite*, están siendo debatidos ante la jurisdicción contencioso administrativa podría darse el fenómeno de la prejudicialidad en razón de estar pendiente de definición la validez de dichos actos, lo cual eventualmente daría lugar a la suspensión del proceso conforme está previsto en el artículo 170 del C. de P.C. Más no es de resorte del Consejo de Estado hacer pronunciamiento alguno en tal sentido por no ser de su competencia si no del funcionario del conocimiento según lo dispone el artículo 171 *ibídem* y frente a petición del interesado.

JURISDICCION COACTIVA-Régimen Aplicable

El artículo 109 numeral 5 del Decreto 2503 de 1987 que invoca el excepcionante, que en la actualidad corresponde al artículo 831 numeral 5o. del Decreto 624 de 1989 o ESTATUTO TRIBUTARIO, evidentemente consagra como excepción la interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero es claro que no

cabe su aplicación en el presente caso, por cuanto el precepto mencionado es propio de la reglamentación especial establecida para el "Cobro Administrativo Coactivo" de las deudas fiscales, "...por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales..." (art. 823 del Decreto 624 de 1989) siendo dicha excepción, oponible en ese procedimiento administrativo, más no dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, que como el libelista lo reconoce, se rige según el trámite del proceso ejecutivo previsto en el C. de P. C.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0343. Actor: Superintendencia Bancaria C/ Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda.

Decide la Sala de la excepción previa propuesta mediante apoderado por Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda, contra el mandamiento de pago proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales el 14 de septiembre de 1990.

ANTECEDENTES

Teniendo como título de recaudo las resoluciones Nos. 4311 de 26 de diciembre de 1989, 4397 de 28 de los mismos mes y año, confirmadas por la No. 0359 de 9 de febrero de 1990, por las cuales la Superintendencia Bancaria impuso multas a Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda por las sumas de $ 185.189.59 y $16.730.458.48, para un total acumulado de $ 16.915.645.07, por incurrir en defectos de encaje y por exceso a la relación máxima de activos a patrimonio (Fls. 1 a 17), el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago contra la citada Corporación el 14 de septiembre de 1990, por la cantidad total indicada, más las costas que se causaren (Fl.22).

El mandamiento ejecutivo fue notificado personalmente al apoderado judicial de la Corporación Ahorramás el 7 de marzo de 1991 (Fl. 28).

En la oportunidad legal propuso la excepción previa de pleito pendiente (Fls. 40 a 44), con fundamento en que su representada instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo el 21 de junio de 1990 contra las resoluciones Nos. 4311 y 4397 de 1989 ratificada mediante la resolución No. 0359 de 1990, proceso dentro del cual ya se admitió la demanda y se corrió traslado a la Nación representada por la Superintendencia Bancaria.

Lo anterior significa que entre el proceso instaurado por Ahorramás y el iniciado en su contra por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales existe identidad de partes, de objeto y de causa, por lo cual se ha generado la excepción de pleito pendiente.

Señala que, "Teniendo en cuenta que el procedimiento previsto para el cobro de ejecuciones fiscales es el de los procesos ejecutivos, según su cuantía, se pueden proponer en este tipo de procesos excepciones previas y de mérito que se pretendan hacer valer.

Así lo prevé el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil" (Fl. 42).

Y agrega que, en materia de cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva el Estado ya determinó en el artículo 109 del Decreto 2503 de 1987 las excepciones que pueden proponerse contra el mandamiento de pago, entre otras, "la interposición de demandas de restablecimiento del derecho o del proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo", lo cual a las claras se observa que no se quiere que "... mientras esté pendiente de resolverse una revocatoria directa o una acción de nulidad , se cobre por vía coactiva los dineros objeto de tales acciones." (Fl. 43).

La Dirección General de Apoyo Fiscal, División de Cobro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, avocó el conocimiento de las presentes diligencias por auto sin fecha visible al folio 74 del expediente.

El apoderado del Ministerio de Hacienda se manifestó en contra de la excepción propuesta en memorial obrante de folios 90 a 95.

CONSIDERACIONES

La excepción de pleito pendiente prevista en el numeral 10 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, puede oponerse en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva siempre que exista otro proceso en curso que involucre a las mismas partes, verse sobre los mismos hechos y tenga el mismo objeto, requisitos éstos que ciertamente no se cumplen en el *sub-lite.*

En efecto, lo perseguido en el presente proceso, donde es parte demandante la Nación - Superintendencia Bancaria-, es el cobro de una obligación insatisfecha a cargo de Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda con fundamento en las resoluciones Nos. 4311, 4397, de 26 y 28 de diciembre de 1989 y 0359 de 9 de febrero de 1990 ejecutoridas, que, gozan de presunción de legalidad y en las cuales está contenida una obligación clara, expresa y actualmente exigible a cargo del deudor.

Mientras que en el asunto que se debate en el Contencioso Administrativo, el demandante es la Corporación Ahorramás que busca obtener la invalidez, aunque de esas mismas resoluciones mediante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por tanto, el objeto no es común ya que en el primero se pretende el cumplimiento de una obligación y en el segundo la nulidad de unos actos administrativos, amén de que en el uno el demandante es la Nación y en el otro lo es la Corporación Ahorramás. En

estas condiciones no se configura la excepción de pleito pendiente, que podría oponerse sólo en el evento de existir actualmente otro proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva contra Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda para hacer efectivas las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria mediante las referidas resoluciones.

Por lo demás el artículo 109 numeral 5 del Decreto 2503 de 1987 que invoca el excepcionante, que en la actualidad corresponde al artículo 831 numeral 5 del Decreto 624 de 1989 oESTATUTO TRIBUTARIO, evidentemente consagra como excepción la interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero es claro que no cabe su aplicación en el presente caso, por cuanto el precepto mencionado es propio de la reglamentación especial establecida para el "COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO" de las deudas fiscales, "...por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, interes y sanciones de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales..." (Art. 823 Decreto 624 de 1989) siendo dicha excepción, oponible en ese procedimiento administrativo, más no dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, que como el libelista lo reconoce, se rige según el trámite del proceso ejecutivo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Por último, es oportuno señalar que si los actos administrativos, que son el título ejecutivo en el *sub-lite*, están siendo debatidos ante la jurisdicción contencioso administrativa podría darse el fenómeno de la prejudicialidad en razón de estar pendiente de definición la validez de dichos actos, lo cual eventualmente daría lugar a la suspensión del proceso conforme está previsto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Más no es de resorte del Consejo de Estado hacer pronunciamiento alguno en tal sentido por no ser de su competencia sino del funcionario del conocimiento según lo dispone el artículo 171 *ibídem* y frente a petición del interesado.

Sin más consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Declarar no probada la excepción de "pleito pendiente" propuesta por el apoderado de Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda contra el mandamiento de pago librado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales el 14 de septiembre de 1990.

En firme esta providencia vuelva el expediente al Despacho de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Virgilio Almanza Ocampo, Secretario (E).

TITULO EJECUTIVO/CAUCION-Objeto/**MEDIDAS CAUTELARES-**Levantamiento/**POLIZA JUDICIAL-**Improcedencia

El artículo 519 del C. de P. C., permite que el ejecutado, a partir de la presentación de la demanda y hasta antes de dictarse sentencia, solicite la fijación de una caución, para evitar embargos y secuestros. El peticionario tiene la prerrogativa de solicitar que dicha caución le sea señalada en póliza judicial o garantía bancaria, siempre y cuando las medidas cautelares no se hubieren practicado, caso en el cual, sólo podrá prestarla en dinero y ya no para evitarlas, sino para levantar las medidas que se hubieren hecho efectivas. La parte demandada solicitó al ejecutor señalar el monto de una caución con el objeto de impedir la práctica de aquellas: el juez del conocimiento fue más allá y no sólo determinó que el monto sería de cinco millones quinientos pesos, sino que además lo estableció en la modalidad de depósito judicial, desconociendo así, la facultad que en esta materia otorga la ley al demandado cuando, como en este caso, no sólo no se practicaron sino que ni siquiera se decretaron las medidas cautelares.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0373. Partes: Superintendencia Bancaria. C/ Seguros Alfa S.A. Jurisdicción Coactiva.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el auto del 21 de octubre de 1993 (Fl.44), dictado por el Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ANTECEDENTES

1.- Mediante resolución No. 3391 de septiembre 18 de 1990 (Fls. 3 - 17), la Superintendencia Bancaria impuso sanción pecuniaria, entre otras, a la Compañía "Seguros Alfa S.A.", en cuantía de cuatro millones de pesos ($4.000.000.oo).

2.- El acto administrativo mencionado antes, fue recurrido por vía de reposición y confirmado en todas sus parte por resolución No. 0223 del 22 de enero de 1991 (Fls. 20 - 27).

3.- Con base en las resoluciones premencionadas, el Grupo de Cobro Coactivo libró orden de pago a favor del Tesoro Nacional y a cargo de Seguros Alfa S.A., por la cantidad de cuatro millones de pesos ($4.000.000.oo), más las costas e intereses que se causaren (Fl. 37).

4.-Invocando lo dispuesto en el artículo 519 del C. de P. C. la apoderada de la demandada solicitó se procediera a "señalar el monto de la caución judicial" a que hubiere lugar, con el fin de impedir la práctica de medidas cautelares (Fl.42). Dicha solicitud fue atendida por el despacho del ejecutor, fijando para el efecto la suma de cinco millones quinientos mil pesos ($5.500.000.oo), en la modalidad de depósito judicial -Banco Popular (Fl.44).

5.- Contra la decisión mencionada en el numeral precedente, la apoderada de la ejecutada interpuso los resursos de reposición y subsidiario de apelación (Fls. 46 - 47), cuyos fundamentos se resumen así :

5.1.- El artículo 519 del C. de P. C., destaca la facultad del fallador para establecer el tipo de garantía la cual, si se confiere, debe en lo posible buscar que pueda ser prestada por el solicitante, siempre y cuando corresponda a las establecidas por la ley y, de acuerdo con el monto señalado.

Al solicitar la fijación de una caución, el ejecutado está manifestando que no es su deseo eludir el cumplimiento de la obligación a su cargo y, hasta tanto ésta se encuentre debidamente probada, ofrece a la demandante el respaldo necesario para asegurar su cumplimiento, sin que su patrimonio se vea afectado de manera inmediata.

5.2.- En opinión del recurrente, la modalidad de depósito judicial en el Banco Popular, -más aún teniendo en cuenta el monto señalado en el *sub-júdice*- viene a configurar no una garantía sino un pago anticipado, cuyo cobro depende de una condición suspensiva viéndose, la demandada, obligada a desembolsar el total de la suma cobrada, más los intereses, lo cual es tanto como negar la caución y solicitar el pago inmediato.

5.3.- Dada la existencia de circunstancias legales, de las cuales depende el pago, la ejecutada solicita le sea permitido prestar garantía bancaria, sin que en ningún caso varíe el monto de la caución señalado por el ejecutante.

6.- Por auto fechado el 18 de noviembre de 1993 (Fl. 48), el despacho ejecutor resolvió no reponer la decisión recurrida, bajo la única consideración de que, si la caución debe ofrecerse en la forma que le quede más fácil al demandado, ésta debe sujetare a la aprobación del fallador.

7.- Después de haber sido resuelto el recurso de reposición y concedido el de apelación, la sociedad ejecutada, presentó escritos pidiendo la suspensión del proceso, a la que acompañó certificación en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca hace constar que existe un proceso contra los actos administrativos que sirvieron de título ejecutivo en esta causa; acompañó además, copia fotostática de póliza judicial No. 10827 por la suma de cinco millones quinientos mil pesos ($5.500.000.oo), con el fin de garantizar el pago de la obligación (Fls. 49 - 50 - 51).

CONSIDERACIONES

1.- La providencia recurrida es susceptible de apelación (art. 519 *in fine* del C.C.A.) y en el *sub-júdice* la alzada cumplió los requisitos de oportunidad y forma previstos en el artículo 352 del C. de P. C.

2.- El artículo 519 del C. de P. C. preceptúa en su parte pertinente:

(...)

Consignación para impedir o levantar embargos y secuestros. ***Desde que se formule demanda ejecutiva el ejecutado podrá pedir que no se le embarguen ni secuestren bienes, para lo cual deberá prestar caución o constituir garantía bancaria o de compañía de seguros por el monto que al juez señale,*** *para garantizar el pago del crédito y las costas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que desestime las excepciones, o del auto que acepte el desistimiento de ellas, o de la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, según fuere el caso.*

Si las medidas cautelares ya se hubieren practicado, el demandado podrá solicitar la cancelación y levantamiento de la misma previa consignación de la cantidad de dinero que el juez estime suficiente *para garantizar el pago del crédito y las costas, la cual considerará embargada para todos los efectos.*

La norma transcrita permite que el ejecutado, a partir de la presentación de la demanda y hasta antes de dictarse sentencia, solicite la fijación de una caución, para evitar embargos y secuestros.

El peticionario tiene la prerrogativa de solicitar que dicha caución le sea señalada en póliza judicial o garantía bancaria, siempre y cuando las medidas cautelares no se hubieren practicado, caso en el cual, sólo podrá prestarla en dinero y ya no para evitarlas, sino para levantar las medidas que se hubieren hecho efectivas.

A pesar de que en el *sub-júdice* no se ordenaron las medidas comentadas, la parte demandada solicitó al ejecutor señalar el monto de una caución con el objeto de impedir la práctica de aquellas; el juez del conocimiento fue más allá y no sólo determinó que el monto sería de cinco millones quinientos mil pesos ($5.500.000.oo), sino que además lo estableció en la modalidad de depósito judicial, desconociendo así, la facultad que en esta materia otorga la ley al demandado cuando, como en este caso, no sólo no se practicaron sino que ni siquiera se decretaron las medidas cautelares.

3.- La Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno en relación con la Póliza Judicial No. 10827 de Seguros El Libertador, por la suma de cinco millones quinientos mil pesos ($5.500.000.oo), que en copia fotostática aportó la apoderada de la ejecutada en razón que éste es un aspecto que no constituye motivo del recurso que se decide.

Estas breves consideraciones son suficientes para despachar favorablemente el recurso de apelación.

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

RESUELVE:

Modifícase el auto de octubre 21 de 1993 proferido por el Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el sentido de permitir que la firma ejecutada seleccione la modalidad como prestará la caución establecida en la misma providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTE PROVEIDO **VUELVA** A LA OFICINA DE ORIGEN.

Esta providencia fue leída, estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL -Interpretación/JURISDICCION ROGADA/ACTO COMPLEJO/ACTO DE NOMBRAMIENTO/ACTO DE CONFIRMACION/ CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA/MAGISTRADO

Si bien el juzgador tiene la facultad de interpretar la demanda, en su ejercicio no puede llegar hasta el extremo de corregirla pretensión, que en el caso de autos es bien precisa al señalar como acto que se pide anular el Acuerdo No. 12 del 25 de octubre de 1993 "...en lo atinente a la designación de los magistrados integrantes de las Salas homólogas de los consejos seccionales de la judicatura...". Designar es "... señalar o destinar una persona o cosa para determinado fin ...", lo que en el ámbito de la función pública se equipara a nombramiento o elección. En cambio, la confirmación es otro acto administrativo en virtud del cual, por estimar reunidos los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo, se ratifica la designación revalidando lo ya aprobado.

ACCION ELECTORAL/CADUCIDAD/NOMBRAMIENTO/CONFIRMACION

Tratándose de "actos de control relacionados con la confirmación de nombramientos hechos por distintas autoridades de la República..." (par. del art. 7o. de la Ley 14 de 1968), considerar individualizado el acto acusado con el sólo señalamiento del de elección, porque por el carácter compuesto del acto de nominación la ley es bien precisa en señalar que la caducidad se contará a partir de la fecha de la confirmación, de donde se desprende el carácter esencial que le atribuye; en el caso de autos por no haberse producido notificación ni publicación del acto. Prevista en parágrafo del art. 7o. de la Ley 14 de 1988 una condición distinta a la del

inciso único, por tratarse de actos de control relacionados "...con la confirmación de nombramientos hechos por las distintas autoridades de la República..."; es con esa base y no con la que a su arbitrio pretende el actor que se escoja como corresponde contar el término de caducidad de la acción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente : *Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia : Expediente No. 1084 Actor : Luis Ramón Dussan C.

Contra el proveído de fecha 31 de enero próximo pasado, proferido por la H. Consejera Dra. Miren De La Lombana de M. a quien correspondió la demanda en reparto, interpuso recurso ordinario de súplica el actor de la referencia con el fin de que se revoque lo decidido en la sala unitaria para "... ordenar lo que juzgue adecuado a los fines de la continuidad de la acción, en beneficio de la Administración de Justicia ..."

No habiendo duda acerca de la procedencia y portunidad del recurso, por cuanto se lo interpuso contra auto interlocutorio proferido por el ponente y dentro de los tres días siguientes a su notificación, para decidir la Sala,

CONSIDERA

La decisión de rechazar e inadmitir la demanda, fue sustentada por la H. Consejera ponente en dos aspectos claramente diferenciados, así: el primero, en la circunstancia de dirigirse la pretensión únicamente contra la elección de los magistrados de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, actos contenidos en el Acuerdo No. 12 del 25 de octubre de 1993 de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, omitiendo lo concerniente a la confirmación de esas elecciones relacionadas en el mismo acuerdo, con lo cual la demanda resulta inepta frente a lo dispuesto en el Art. 28 de la Ley 78 de 1986, subrogado por el Art. 7o. de la Ley 14 de 1988.

El segundo, porque habiendo producido la nominadora la confirmación de los actos de elección en la misma fecha de éstos según reza el Acuerdo No. 12 en cita, a partir de entonces -25 de octubre de 1993- deben contarse los 20 días para la caducidad de la acción, término vencido para la fecha de la presentación de la demanda, el 1o. de diciembre siguiente.

El recurrente, por su parte, sustenta la súplica en la afirmación de que al dirigirse la pretensión de nulidad contra " ... la designación de los magistrados integrantes de las

salas homólogas de los Consejos Seccionales de la Judicatura ...", ha de entenderse que no tuvo... la intensión de escindir los actos de elección y de confirmación ..." explicando las imprecisiones terminilógicas con la falta de disponibilidad física del acto parcialmente acusado. -También, en el alegado erróneo cómputo del término de caducidad por partir de la fecha de confirmación del acto de elección, no notificado ni publicado, agregando que por carecer de relevancia el de la confirmación "...no parecería correcto dispensarlo de la exigencia consagrada en el art. 28 de la Ley 78 de 1976, inciso 1o. para aplicarle la disposición del parágrafo..."

Para la Sala, no obstante, carece de razón el recurrente en cuanto a los dos aspectos cuestionados.- Respecto del primero, porque si bien el juzgador tiene la falcultad de interpretar la demanda en su ejercicio no puede llegar hasta el extremo de corregir la pretensión, que en el caso de autos es bien precisa al señalar como acto que se pide anular el Acuerdo No. 12 del 25 de octubre de 1993, "...en lo atinente a la designación de los magistrados integrantes de las Salas Homólogas de los Consejos Seccionales de la Judicatura ..."(folio 1). -Designar es "... señalar o destinar una persona o cosa para determinado fin..." lo que en el ámbito de la función pública se equipara a nombramiento o elección.- En cambio, la confirmación es otro acto administrativo en virtud del cual, por estimar reunidos los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo, se ratifica la desiganación revalidando lo ya aprobado.

No es dable, entonces, tratándose de "actos de control relacionados con la confirmación de nombramientos hechos por las distintas autoridades de la República..." (Parágrafo del art. 7o. de la Ley 14 de 1968), considerar individualizado el acto acusado con el solo señalamiento del de elección, porque por el carácter compuesto del acto de nominación la ley es bien precisa en señalar que la caducidad se contará a partir de la fecha de confirmación, de donde se desprende el carácter esencial que le atribuye.-

Esta misma consideración es la que lleva a tener por infundado el planteamiento del recurrente en cuanto, por estimar irrelevante el acto de confirmación no demandado, afirme que para el caso de autos debe contarse el término de caducidad con aplicación de lo previsto en el inciso único del art. 7o. de la Ley 14 de 1988 modificatorio del art. 28 de la Ley 78 de 1986, es decir, partiendo del día siguiente a aquel " ... en el cual se notifica legalmente el acto ... ", conteo que en su concepto no sería factible realizar en el caso de autos por no haberse producido notificación ni publicación del acto. Prevista en el parágrafo del precitado texto normativo una condición distinta a la del inciso único, por tratarse de actos de control relacionados "...con la confirmación de nombramientos hechos por las distintas autoridades de la República...", es con esa base y no con la que a su arbitrio pretende el actor que se escoja como corresponde contar el término de caducidad de la acción. Así lo hizo la señora Consejera Ponente para concluir en la inadmisión de la demanda, con pleno acierto.-

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Confirmar el auto suplicado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión del 17 de febrero de 1994

Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

JURISDICCION COACTIVA /EDIS/CONTRIBUCION DE VALORIZACION/ BIEN DE USO PUBLICO/EXENCION/VIA GUBERNATIVA

Cuando la parte ejectuada manifiesta que existen normas por las cuales se establece una exención, en favor de los bienes de uso público, o de los bienes de que trata el Concordato con la Santa Sede, aprobado por la Ley 20 de 1974, o que el propio IDU expidió una resolución especial por la cual no habría lugar al cobro de, entre otros, la contribución de valorización a la EDIS, se deduce claramente que tales argumentos debieron exponerse dentro de los recursos que por la vía gubernativa cabían contra la determinación del gravamen no siendo de recibo proponerlos dentro del juicio, conforme lo establece el artíulo 561 del C. de P.C.

JURISDICCION COACTIVA/EXCEPCION DE NULIDAD/NOTIFICACION/ CESION DE INMUEBLES/REGISTRO-Inexistencia

Aparece la constancia de notificación de la resolución mediante la cual se liquidó la contribución en cuestión y en el estado correspondiente no figura nombre de propietario. La Sala observa, igualmente, conforme a los documentos que aparecen en el informativo, que la empresa ejecutada fue constituída en el año de 1960, mediante el Acuerdo 75 del H. Concejo Distrital, época para la cual ya estaba en trámite la determinación de la contribución, cuyo carácter es real. Al momento de recibir los bienes que le fueron cedidos, entre las causales se cuenta el que soporta la contribución perseguida, por cuanto no se presenta prueba en contrario, debió ser informada de dicha tramitación y una vez perfeccio-

nada la cesión, debió informar a la Oficina de Catastro y esto último no aparece demostrado por lo que no hay lugar a un mayor análisis sobre el particular. El hecho de que la empresa recién creada omitiera las diligencias para actualizar la información del catastro a la fecha de la resolución en cuestión, no obstante ser de su cargo la contribución en ejecución, es aspecto ajeno al juicio y compete sólo al cedente y al cesionario del inmueble no siendo oponible en este proceso. De otra parte, si la cesión se realizó con posterioridad a la resolución, la situación es la misma, porque al recibir el bien quedaba a cargo de la ahora ejecutada, entre otros, el pago de la contribución, si el mismo no se había efectuado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C. veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 282. Actor: **Instituto de Desarrollo Urbano C/ Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS".**

EXCEPCIONES - SENTENCIA

Procedente de la División I de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano, llega a la Corporación para su trámite y decisión, el incidente de excepciones que dentro del proceso que por jurisdicción coactiva adelanta dicho Instituto contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS, para el cobro de una contribución de valorización.

ANTECEDENTES

Por auto del 2 de julio de 1985, la División I de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano, libró mandamiento de pago contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS, por la suma de $8.258.597.79, con base en el reconocimiento de deuda fiscal No. 850003947 del 14 de julio de 1985 (Fl. 2).

El 29 de julio de 1992, el funcionario ejecutor notificó el mandamiento ejecutivo al apoderado de la entidad ejecutada (Fl. 9), quien en esa misma fecha propuso excepciones fundamentadas así :

1.- PRESCRIPCION.

Sin reconocer, anota, obligación alguna a cargo de la EDIS, manifiesta que "por el simple transcurso del tiempo ha operado la prescripción extintiva de cualesquier acción y/o derecho del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO A COBRAR DICHO CONCEPTO" (Fl. 10), que pide se declare.

2. INEXISTENCIA DE OBLIGACION.

Manifiesta que cualquier resolución por la que se hubiera pretendido citar al representante legal de la propietaria del inmueble, así fuere para nombrar un representante en el trámite previo a la liquidación de la contribución o para notificarle la liquidación misma o cualquier acto administrativo que pretenda erigirse en título ejecutivo, debe notificarse personalmente so pena de inexistencia de tal notificación si se hubiere realizado por otro medio conforme se desprende del art. 314 del C. de P.C. en cordancia con el art. 11 del Decreto 2733 de 1959 y artículos 43 y s.s. del Decreto 01 de 1984.

No habiéndose consumado la notificación personal, mal puede pensarse que cualquier acto pueda surtir efectos frente a la ejecutada.

3. CARENCIA DE CAUSA.

Según el art. 5o. del Acuerdo 7 de 1987, por el cual se adoptó el Estatuto de Valorización no se tendrá en cuenta para la distribución de las contribuciones a los inmuebles destinados al uso público para exceptuarlos de toda constribución de valorización que dicho estatuto cobije.

El inmueble en cuestión, está destinado al uso público conforme al art. 674 del C.C. y concordantes, así como lo declaró la Corte Suprema en sentencia del 19 de junio de 1968 y otras.

El mismo Estatuto de Valorización, continúa, excluye de toda constribución a los bienes a los cuales se refiere el Concordato con la Santa Sede aprobado por la Ley 20 de 1974 en cuyo art. XXVII se ocupa de los cementerios; luego por tal razón tampoco hay causa para exigir el pago de la contribución porque el inmueble está expresamente excluído.

4. INEXIGIBILIDAD.

El IDU ha dictado resolución por la cual consideró no había lugar a cobrar a la EDIS contribución de tasas o impuestos que el primero recaude, por obras que pueden llegar a implicar valorización o interés general.

5. EXCEPCION GENERICA - ILEGALIDAD.

No se ha comprobado que el predio pertenezca a la EDIS y el cobro resulta contrario a las normas superiores como el acuerdo 7 de 1987 del H. Concejo de Bogotá.

La parte ejecutante por intermedio de apoderada hizo las siguientes manifestaciones:

En relación con la prescripción propuesta expone que el mismo es realmente un medio de extinción de las obligaciones pero debe aparecer respaldado en una norma que así los disponga en la cual la parte demandada base su defensa, lo que no ocurre en el presente caso, por lo que solicita así se declare.

En cuanto a la propuesta como inexistencia de la obligación, manifiesta que no consulta el fundamento de facto en el que se apoya por lo cual debe negarse su prosperidad porque el acto fue debidamente notificado mediante los medios autorizados por la ley.

En cuanto a la invocada como carencia de causa manifiesta que las normas invocadas en apoyo de los argumentos en su sentir dicen lo contrrio a lo expresado por la ejecutada.

Es el caso de las normas del concordato, las del art. 50 del Acuerdo 7 de 1987.

Alega, igualmente, que la EDIS no demuestra la destinación del inmueble.

En relación con la denominada inexequibilidad, manifiesta que carece de fundamento legal porque, el Director Ejecutivo del Instituto que sería el competente no ha proferido un acto administrativo en el sentido que se anota y si así fuera implicaría una donación prohibida por la Constitución.

En relación con la que se denomina de ilegalidad responde afirmando la legalidad del tributo y normas aplicadas.

Estos mismos argumentos aparecen expuestos en el memorial presentado con ocasión del traslado, con adición del comentario hecho a propósito de no haberse decretado una inspección judicial que solicitó y juzgaba muy importante.

Llegado el momento de fallar sin que se presente causal alguna de nulidad que invalide lo actuado a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

CUESTION PREVIA.

En primer término la Sala debe precisar que la prueba echada de menos en realidad fue denegada por auto que quedó en firme pues no fue impugnado en oportunidad y por lo mismo, no hay lugar a pronunciamiento alguno al respecto.

LAS EXCEPCIONES.

Las propustas aparecen denominadas como de prescripción, inexistencia, carencia de causa y la genérica - ilegal en la forma como se dejó descrito en otro acápite de esta providencia.

Al respecto debe precisarse que los procesos de ejecución por jurisdicción coactiva están regulados en el Capítulo VIII, Sección Segunda, Libro Tercero del C. de P.C. (arts. 561 y s.s.).

La norma en cita, art. 561 del C. de P. C., dispone que los procesos en estudio se tramitarán en la forma prevista para los ejecutivos de mayor o menor y mínima cuantía,

según el caso, siempre que no se oponga a lo dispuesto en el capítulo especial a que se hace referencia.

La misma disposición advierte que en el proceso no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía administrativa.

De lo anterior, se deduce que el art. 509 del C. de P.C., que establece las excepciones que pueden proponerse en esta clase de juicios es aplicable al caso en estudio.

Dice la norma:

"ART. 509: **Excepciones que pueden proponerse.**

"1. Dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo o a la del auto que resuelva sobre su reposición, confirmándolo o reformándolo, el demandado podrá proponer en escritos separados excepciones previas y de mérito, expresando los hecho en que se funden. A los escritos deberán acompañarse los ducumentos relacionados con aquellas y en ellos se deben pedir las demás pruebas que se pretenda hacer valer.

"2. Cuando el título ejecutivo consista en una setencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia ...".

Al respecto la Sala ha precisado en anteriores oportunidades que el estudio de las excepciones debe hacerse tomando en cuenta, no sólo la denominación que de las mismas haga la parte ejecutada, si no el fundamento en que se sustenten, por no considerar del caso descartar el estudio de una excepción por el sólo hecho de aparecer denominada en forma que no concuerde con la norma, si su fundamento encuadra en la misma.

Ahora bien, en el presente caso se observa que algunas de las excepciones, tanto por la forma en que aparecen nominadas como por el fundamento en que se apoyan, no son susceptibles de proponerse en esta clase de juicios, motivo por el cual deben ser rechazadas.

Son ellas las denominadas carencias de causa, inexigibilidad de la obligación y la genérica-ilegalidad:

En efecto, cuando la parte ejecutada manifiesta que existen normas por las cuales se establece una exención, en favor de los bienes de uso público, o de los bienes de que trata el Concordato con la Santa Sede, aprobado por la Ley 20 de 1974, o que el propio IDU expidió una resolución especial por la cual no habría lugar al cobro de, entre otros, la contribución de valorización a la EDIS, se deduce claramente que tales argumentos débieron exponerse dentro de los recuros que por la vía gubernativa cabían contra la

determinación del gravamen no siendo de recibo proponerlos dentro del juicio, conforme lo establece el art. 561 del C. de P. C. ya citado.

Las excepciones denominadas de prescripción y de inexistencia de la obligación, ésta última por la forma en la cual aparece sustentada, serán analizadas por cuanto están previstas en el art. 509 del C. de P. C. a lo cual se procede:

En relación con la excepción de prescripción la Sala observa que no se dan ni la norma, ni los hechos con base en los cuales se cuentan los extremos que para ejecutada, determinan la configuración del fenómeno el cual es, por lo demás, negado por la parte ejecutante.

Así las cosas, la excepción debe denegarse por no aparecer demostrada.

En relación con la figura denominada como inexistencia de la obligación, encuentra la Sala que, conforme lo ha expuesto en anteriores providencias, es la que en el art. 509 del C. de P. C. aparece como de nulidad que en el caso de los juicios de ejecución para el cobro de deudas fiscales se configura por la falta de notificación de la providencia administrativa, que es en esencia, lo alegado.

Al respecto se observa:

A folio 61 aparece la constancia de notificación de la resolución mediante la cual se liquidó la contribución en cuestión y en el estado correspondiente no figura nombre de propietario.

La Sala observa, igualmente, conforme a los documentos que aparecen en el informativo, que la empresa ejecutada fue constituída en el año de 1960 mediante el Acuerdo 75 del H. Concejo Distrital, época para la cual ya estaba en trámite la determinación de la contribución, cuyo carácter es real.

Al momento de recibir los bienes que le fueron cedidos, entre los cuales se cuenta el que soporta la contribución perseguida, por cuanto no se presenta prueba en contrario, debió ser informada de dicha tramitación una vez perfeccionada la cesión, debió informar a la Oficina de Catastro y esto último no aparece demostrado por lo que no hay lugar a un mayor análisis sobre el particular.

Ahora bien, debe precisarse que el hecho de que la empresa recién creada omitiera las diligencias para actualizar la información del catastro a la fecha de la resolución en cuestión, no obstante ser de su cargo la contribución en ejecución, es aspecto ajeno al juicio y compete sólo al cedente y al cesionario del inmueble no siendo oponible en este proceso.

De otra parte, si la cesión se realizó con posterioridad a la resolución, la situación es la misma, porque al recibir el bien quedaba a cargo de la ahora ejecutada, entre otros, el pago de la contribución, si el mismo no se había efectuado.

Por lo anterior debe concluirse que los hechos en los cuales se basa la excepción propuesta no aparecen demostrados y, en consecuencia la excepción alegada debe considerarse como no probada.

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

FALLA:

1. Recházanse por improcedentes las excepciones denominadas carencia de causa, inexigibilidad y genérica - ilegalidad.

2. Decláranse no probadas las excepciones denominadas de prescripción y de inexistencia de la obligación.

3. Continúe la ejecución.

4. Condénase en costas al excepcionante, las cuales serán tasadas junto con el crédito principal.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE A LA OFICINA COMPETENTE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de M., Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/DEMANDA/TITULO EJECUTIVO- Requisitos/**EXCEPCION DE INEPTITUD DE LA DEMANDA-**Improcedencia

Reiteradamente esta Corporación ha expresado que "dado su carácter especialísimo, aunque no puede afirmarse categóricamente que es superfluo que exista 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 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 del C.C.A.) que permite que el funcionario investido por la ley de jurisdicción coactiva libre el respectivo mandamiento de pago".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia : Expediente No. 335. Actor : Inst. de Valorización Mpal. de Villavicencio C/I.C.T. y/o INURBE. EXCEPCIONES - AUTO.

Procedente del Juzgado de Ejecuciones Fiscales Instituto de Valorización Municipal de Villavicencio, ha llegado el proceso de la referencia, a efecto de resolver la excepción propuesta por el curador *ad-litem* del Instituto Nacional para la Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, contra el mandamiento de pago proferido por el Despacho Ejecutor referido, el 15 de abril de 1993 (fl. 11, cdno. 2).

ANTECEDENTES

Mediante auto fechado el 15 de abril de 1993, el Juzgado de Ejecuciones Fiscales, Instituto de Valorización Municipal resolvió librar mandamiento ejecutivo por jurisdicción coactiva en contra *"del inmueble y/o poseedor del inmueble ubicado en la carrera 48F No. 7-05, con registro catastral No. 01-05-0463-0001 de propiedad y/o posesión del INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA "INURBE"*, por la suma de $72.001.178.oo, más los intereses desde que la obligación se hizo exigible hasta la cancelación de la misma con una tasa mensual de 1.5% durante el primer año, más intereses del 2% mensual después de este último, e intereses de financiación al 2% mensual. Igualmente cancelará costas y gastos del proceso a que haya lugar.

A folio 15, Cdo. 2., a través del oficio JEF No. 728 se solicitó al Instituto de Crédito Territorial y/o INURBE comparecer al despacho ejecutor para notificarse del auto de mandamiento de pago.

El 24 de junio de 1993, el informe secretarial indica que venció el término de la notificación del mandamiento ejecutivo por lo cual el Juzgado de Ejecuciones Fiscales - Valorización Municipal resolvió nombrar curador *Ad-Litem* (fl.27 cdo. 2)-, el cual se posesionó el 28 del mismo mes y año (fl. 29 Cdno. 2).

Mediante escrito presentado el 13 de julio de 1993, el curador *Ad-Litem* presentó la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, con base en los siguientes argumentos:

-Para efectos de proferir el auto mandamiento de pago, el despacho ejecutor omitió requisitos válidos para la legitimidad del cobro, toda vez que no se allegaron a la demanda la resolución 9986 de septiembre de 1989 y la resolución No. 014 del 10 de diciembre de 1991.

- La entidad ejecutante, para hacer procedente la vía ejecutiva, ha debido acreditar el sustento de lo pretendido, es decir, los anexos, de acuerdo al art. 85 del C. de P. C. ateniéndose a los principios de legalidad de la prueba (arts.174, 177 y 178 *ibidem*). Es obligación legal allegar los anexos para el caso concreto ya que, de otra forma, sería "un imposible" fáctico materializar una pretensión" (fls. 3 a 5).

El 3 de agosto de 1993, el Juzgado de Ejecuciones Fiscales resolvió enviar el expediente al Consejo de Estado para que decida sobre la excepción propuesta (fls. 7 y 8).

Mediante auto fechado el 13 de diciembre de 1993, este Despacho resolvió no oír al Gerente y Representante Legal del Instituto de Valorización Municipal de Villavicencio, ya que éste no acreditó su calidad de abogado, como lo exige el art. 64 del C. de P. C. Tampoco admitió la coadyuvancia planteada por el juez ejecutor por no darse los presupuestos establecidos por el art. 52 del C. de P. C., tal como fue subrogado por el Decreto 2289 en su art. 1o. numeral 19 (fls. 33 y 34).

CONSIDERACIONES

El proceso de jurisdicción coactiva, dentro de los procesos ejecutivos, reviste características especiales que lo diferencian de los ordinarios de su clase, tanto por el procedimiento que lo rige, como por los sujetos procesales, los documentos que conforman el título y los funcionarios que conocen de éste.

Mediante este proceso el Estado pretende recaudar coercitivamente los recursos que por ley le pertenecen para poder ejecutar los proyectos que considere convenientes.

Reteiradamente esta Corporación ha expresado que "dado su carácter especialísimo, aunque no puede 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 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 la ley de jurisdicción coactiva libre al respectivo mandamiento de pago" (Expediente 0303, Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño, octubre 29 de 1993).

En este caso, la resolución No. 0675 de septiembre de 1992, debidamente notificada y ejecutoriada (constancia obra a Fl. 3 vto., cdo. 2) contiene una obligación clara, expresa y exigible a favor del Instituto de Valorización Municipal y en contra del Instituto de Crédito Territorial y/o INURBE. Por lo anterior, la Administración está facultada para adelantar los actos que considere necesario para el pago de esta obligación.

En consecuencia, los argumentos del curador *Ad-litem* no se pueden aplicar en esta clase de procesos, por lo cual no prospera la excepción propuesta.

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

RESUELVE :

1. Declárese no probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales propuestos por el curador *Ad-litem.*

2. Condénase en costas al excepcionante, las cuales serán tasadas junto con el crédito principal.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE A LA OFICINA COMPETENTE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 29 de octubre de 1993, Exp. 0303, Ponente: Dr. MIGUEL VIANA PATIÑO.

JURISDICCION COACTIVA/EXCEPCION DE PRESCRIPCION-Término

Las excepciones que aparecen establecidas en el denominado Estatuto Tributario pueden proponerse, exclusivamente, dentro del proceso por jurisdicción coactiva de carácter administrativo, establecido en ese mismo estatuto para el cobro coactivo de los tributos de que allí se trata. En consecuencia, la prescripción de los cinco años, establecida en el citado estatuto, no es de recibo en los juicios de jurisdicción coactiva que no se siguen por el procedimiento administrativo allí señalado. Como en el caso de autos, el juicio por jurisdicción coactiva se promueve para el cobro de una suma impuesta por la Superintendencia de Control de Cambios, no le es aplicable dicha reglamentación. La contabilización de la prescripción se inicia cuando se hace exigible la obligación que se pretende cobrar mediante la acción ejecutiva y termina en la fecha de la notificación del mandamiento ejecutivo. En consecuencia, el fenómeno en estudio se configurará, conforme se deduce de los arts. 2535 y 2536 del C.C., si entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de notificación del mandamiento ejecutivo han transcurrido diez años.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 338. Actor: Superintendencia de Cambios C/ Royma y Cía. Ltda. EXCEPCIONES - SENTENCIA.

Procedente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por razones de competencia, ha llegado el proceso de la referencia, a efecto de resolver la excepción propuesta por el curador *ad-litem* de la parte demandada, contra el mandamiento de pago proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales el 1o. de febrero de 1985 (fl. 30) y convalidado el 14 de mayo de 1992 por la Dirección General de apoyo Fiscal, División de cobro, Oficina Regional Santafé de Bogotá, mediante auto fechado el 14 de mayo de 1992 (fl. 61).

ANTECEDENTES

Por auto del 1o. de febrero de 1985, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago por la vía de jurisdicción coactiva, a favor del Tesoro Nacional y en contra de ROYMA & CIA . LTDA., por la suma de $ 9.163.928.91 y por las costas que se causaren (fl. 30), con base en la resolución No. 0472 del 14 de mayo de 1982 y su confirmatoria la No. 698 del 8 de julio del mismo año, proferida por la Superintendencia de Control de Cambios.

El 11 de octubre de 1985, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales libró una nueva orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva, a favor del Tesoro Nacional y en contra de ROYMA & CIA. LTDA. por idéntica suma y con las mismas bases que la anterior.

El 19 de noviembre de 1991, la Dirección General de Apoyo Fiscal -División de Cobro de la Oficina Regional Santafé de Bogotá- avocó el conocimiento de las diligencias que se adelantan en el presente proceso y ordenó proseguir las actuaciones hasta obtener el pago efectivo del crédito que se cobra (Fl. 59). El 14 de mayo de 1992, este mismo Despacho dictó un auto resolviendo convalidar el mandamiento de pago librado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales de fecha 1o. de febrero de 1985, revocar el mandamiento librado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales de octubre 11 de 1985 y nombrar curador *ad-litem* para que representara a la ejecutada en el proceso ejecutivo que adelanta la Nación (Fls. 61 y 62).

El curador se notificó del auto de mandamiento de pago, el 24 de junio de 1992 (Fl.64) y presentó, dentro del término legal, escrito de excepciones proponiendo la de prescripción de la acción de cobro, con base en las siguientes razones (Fls. 68 a 70):

- Los mandamientos de pago dictados contra la sociedad ejecutada jamás fueron notificados a ésta.

- Aunque a folio 33 vto., alega, aparece una constancia donde se registra, a mano, que se presentó EMILIO RODRIGUEZ ORTIZ, "... quien se ENTERO del contenido del presente proceso...". Esto no es una notificación, pues no se dice, entre otras cosas, que se hubiere surtido una notificación, ni en qué calidad se hubiera presentado la persona, es decir, como persona natural como representante de la Sociedad.

- Al enviarse las citaciones correspondientes que no fueron atendidas, el Despacho ejecutor ha debido nombrar curador *ad-litem*, lo cual no hizo.

-Por auto del 14 de mayo de 1992, continúa, y pretendiendo subsanar la actuación,libra la Administración un Despacho en el cual se convalida el mandamiento de pago de 1-II-85. El hecho de convalidar, anota, no puede significar, en ningún momento, que como aquel mandamiento de pago no se hizo efectivo por negligencia del cobrador, ahora pueda hacerse, premiando así la actuación del Despacho de turno y reviviendo algo que está prescrito hace tiempo.

-El término de prescripción es de cinco años y ésta puede interrumpirse o suspenderse en los eventos y las circunstancias previstas en el artículo 818 del Estatuto Tributario. Como el mandamiento de pago librado el 1o. de febrero de 1985 no fue notificado legalmente a la sociedad ejecutada, ni se le nombró curador en esa ocasión, no se interrumpió el término de prescripción, por lo cual la acción está prescrita desde hace mucho tiempo.

En auto fechado el 30 de junio de 1993, la Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo resolvió conceder en el efecto suspensivo y ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, el incidente de excepciones (Fl.74). Por auto del 13 de agosto de 1993 el Tribunal envió el expediente al H. Consejo de Estado para el trámite de rigor, por razones de competencia (Fls. 79 y 80).

Durante el término de traslado a la ejecutante, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público controvirtió el escrito de excepciones presentado con base en los siguientes argumentos:

- De acuerdo con el artículo 68 del C. C. A., en el proceso en estudio, obra un título ejecutivo con suficiente fuerza obligatoria para exigir el cumplimiento de esa obligación y su consiguiente ejecución, aún contra la voluntad del interesado.

- Por su parte, los numerales 1o. y 2o. del artículo 509 del C. de P. C. determinan, en forma taxativa las excepciones que proceden en la acción ejecutiva, y es claro que en los procesos de jurisdicción coactiva no se encuentra prevista la excepción de prescripción de la acción de cobro prevista en el estatuto tributario.

A la excepción mencionada le son aplicables las normas de derecho de procedimiento civil y de derecho civil y no las del estatuto mencionado, pues éste se refiere a las obligaciones que "surgen por el derecho de los individuos, de poseer un patrimonio, una renta o por gravámenes impuestos por el Estado". Cita sentencia del 11 de junio de 1993, proferida por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

- El artículo 2536 del C. C. preceptúa que la acción ejecutiva prescribe en 10 años, contados desde la fecha de la exigibilidad de la obligación, o sea, desde el momento mismo de ejecutoria del mandamiento de pago, lo que ocurrió en junio 1o. de 1992, cuando se efectuó la notificación por conducta concluyente.

Por lo anterior, se concluye:

- El mandamiento de pago librado por la vía de la jurisdicción coactiva el 1o. de febrero de 1993 tiene plena ejecutoria y no es procedente considerar probada la excepción de prescripción.

- Los 10 años exigidos por la ley no se han cumplido, por lo cual, la acción de cobro, al presentar el excepcionante su escrito, adquirió plena validez y exigibilidad.

Además, la fecha de la notificación debía contarse desde el momento en que se efectuó la notificación de la obligación, es decir, el 14 de junio de 1992 o el 1o. de junio de 1982 cuando ésta se realizó por conducta concluyente, y en ninguna se cumple el plazo exigido por la ley.

-Por último, en cuanto al hecho de no haberse notificado correctamente al demandado, ni habérsele nombrado curador *ad-litem*, por lo cual no se interrumpe la prescripción, es necesario remitir al excepcionante a lo previsto en el art. 330 del C. de P. C., quedando claro que en el momento en que el curador fue notificado se surtió la notificación por conducta concluyente (fls. 84 a 93).

Durante el término de traslado para presentar alegatos, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se reiteró en todo lo expuesto en el escrito presentado a folio 84 (Fls. 136 a 138).

CONSIDERACIONES

El artículo 509 del C. de P. C. en su inciso 2o. preceptúa:

"ART. 509. Excepciones que pueden proponerse:

"1. .....

"*2. Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia...*"

De acuerdo con lo anterior, es claro que la excepción de prescripción se encuentra dentro de las previstas por la ley para estos casos, por lo cual es viable su estudio.

El punto por examinar es si en el presente caso se configura la excepción de prescripción propuesta con base en lo previsto por los artículos del Estatuto Tributario mencionados por la parte excepcionante.

Al respecto la Sala debe precisar, como lo ha hecho en anteriores oportunidades que las excepciones que aparecen establecidas en el denominado Estatuto Tributario pueden proponerse, exclusivamente, dentro del proceso por jurisdicción coactiva de

carácter administrativo, establecido en ese mismo estatuto para el cobro coactivo de los tributos de que allí se trata.

En consecuencia, la prescripción de los cinco años, establecida en el citado estatuto, no es de recibo en los juicios de jurisdicción coactiva que no se siguen por el procedimiento administrativo allí señalado. Como en el caso de autos, el juicio por jurisdicción coactiva se promueve para el cobro de una suma impuesta por la Superintendencia de Control de Cambios, no le es aplicable dicha reglamentación.

En consecuencia, por este aspecto debe declararse no probada la excepción propuesta.

Ahora bien, el Ministerio de Hacienda introduce el análisis de la figura de la prescripción de la acción ejecutiva que consagran los arts. 2535 y 2536 del Código Civil por lo que se procede a realizar el estudio correspondiente.

Al respecto, la Sala debe precisar que, en efecto, cuando no se señala una norma específica que establezca el término de prescripción de la acción, procede aplicar las normas del Código Civil, antes citadas, por lo que la Sala pasa a examinar si en el presente caso se configuró dicho fenómeno.

Lo primero que debe establecer son los extremos de la prescripción:

De todos es sabido que la contabilización de la prescripción se inicia cuando se hace exigible la obligación que se pretende cobrar mediante la acción ejecutiva y termina en la fecha de notificación del mandamiento ejecutivo.

En consecuencia, el fenómeno en estudio se configurará, conforme se deduce de los arts. 2535 y 2536 del C.C., si entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de notoficación del mandamiento ejecutivo han transcurrido diez años.

Como en el presente caso el título ejecutivo consiste en una providencia, se tendrá en cuenta que la prescripción, conforme lo prevé el artículo 509 del C. de P. C., debe basarse en hechos posteriores a la misma, lo que procede a analizarse.

Para efectos del presente juicio, se observa que mediante resolución No. 472 del 14 de mayo de 1982, la Superintendencia de Control de Cambios impuso a la Sociedad Royma y Cía. Ltda., una multa a favor del Tesoro Nacional por la suma de $9.163.928.91 correspondiente al 30% de $30.646.429.69 monto de la infracción cambiaria comprobada.

La anterior resolución fue confirmada por la No. 698 del 8 de julio de 1982 proferida por la misma Superintendencia.

Conforme aparece establecido a folios 17 y 18, las providencias anteriores fueron notificadas, la primera mediante edicto fijado el 25 de mayo de 1982 y desfijado el 31 del mismo mes y año y la segunda el 16 de julio de 1982 y desfijado el 23 del mismo mes y año.

Ahora bien, la providencia No. 698 ya citada dice en su parte resolutiva que si no se cancela dentro de los cinco días siguientes a su notificación se ordenará su cobro por medio del Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales. Igualmente expresa que no cabe en su contra recurso alguno quedando agotada la vía gubernativa.

Es claro, entonces, que transcurrido el término previsto en la providencia, empieza a correr el término de la prescripción.

Ahora bien, dicho término de prescripción corre hasta la fecha de notificación del mandamiento de pago al ejecutado.

En el negocio tal fecha es el 24 de junio de 1992, cuando se notificó del mandamiento ejecutivo al curador *ad-litem* designado por el funcionario ejecutor, conforme lo establece el artículo 564 del C. de P. C., a falta de la notificación a la parte demandada que nunca se pudo localizar.

La afirmación anterior se basa en el hecho de que aunque aparecen citaciones a la firma a nombre de la cual se expidió el mandamiento de pago no hay constancia de notificación a su representante legal.

Es cierto que a folio 33 vto., aparece escrita a mano una leyenda que dice : "febrero 8 de 1985. Presente hoy Emilio Rodríguez Ortiz, C.C. 17.189.888, quien se enteró del contenido del presente proceso", pero en la misma no aparece la firma del notificado, ni acreditada la calidad con la cual comparece en el jucio por seguirse contra una sociedad.

En tales condiciones no puede tenerse como notificación válida , más aún cuando no la tuvo como tal, el mismo juzgado de ejecuciones fiscales.

En consecuencia, el término de diez años corrió hasta la notificación del mandamiento ejecutivo o sea hasta el 24 de junio de 1992.

Es claro, entonces que entre los dos extremos a que se ha hecho mención no ha transcurrido el término de diez años por lo que no se ha configurado la prescripción de la acción ejecutiva y, por lo mismo, la excepción debe considerarse como no probada.

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

FALLA :

1. Declárase no probada la excepción propuesta.

2. Continúe la ejecución.

3. Condénase en costas al excepcionante, las cuales serán tasadas junto con el crédito principal.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE A LA OFICINA COMPETENTE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de M, Presidente de Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

MANDAMIENTO DE PAGO/EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-Improcedencia/**PRINCIPIO DE PREJUDICIALIDAD-**Declaración /**JUEZ DEL CONOCIMIENTO/COMPETENCIA**

Sólo si se tratare de la existencia de otro proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva para hacer exigibles las misma multas a cargo de Ahorramás, que en este juicio se cobran, podría oponerse esta circunstancia como excepción de pleito pendiente frente al mandamiento de pago. En consecuencia no prospera la excepción. Pero es bueno observar que si los actos administrativos que han dado origen al presente proceso ejecutivo están siendo controvertidos ante la jurisidicción contencioso adminstrativa, eventualmente puede darse la prejudicialidad por hallarse pendiente la decisión sobre la nulidad de dichos actos de alcance particular y la ejecución dependería de la determinación que allí se adopte. Más no corresponde a esta Corporación resolver su procedencia por materia asignada a la competencia del juez del conocimiento según el artículo 171 del C. de P. C.

JURISDICCION COACTIVA-Régimen Aplicable

En cuanto a las disposiciones que cita el actor del Decreto 2503 de 1987, aclara la Sala que en la actualidad están contenidas en el Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario en el Título VIII, y se refieren al Procedimiento Administrativo Coactivo establecido "para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales" (art. 283), procedimiento que no es aplicable al

cobro ejecutivo conforme está dispuesto en el artículo 561 del C. de P. C. y la excepción de interposición de demanda de restablecimiento del derecho no está contemplada como medio de defensa oponible en este proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente : *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia : Expediente No. 0344. Actor: Superintendencia Bancaria C/ Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda.

Decide la Sala la excepción propuesta mediante apoderado por Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda, contra auto de mandamiento de pago proferido el 24 de mayo de 1991 por la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

Las Resoluciones Nos. 1533 de mayo 2 de 1990 y 2520 de julio 9 del mismo año, confirmatoria de la anterior; 1379 de 20 de abril de 1990 y 3834 de 12 de octubre de 1990 confirmó la precedente en todas su partes, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria impuso multas a Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda que en total ascienden a la cantidad de $4.414.130.oo, por defectos en la inversión de Vivienda de Interés Social, son los actos administrativos que integran el título ejecutivo con fundamento en el cual la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago por la vía ejecutiva el 24 de mayo de 1991 contra la mencionada Corporación, por la cuantía indicada más las costas que se causaren.

Notificado personalmente el auto anterior al apoderado de Ahorramás (Fl.41), propuso la excepción previa de "Pleito Pendiente", porque considera que entre las mismas partes y sobre el mismo asunto se adelantan dos procesos : uno ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, para obtener la nulidad de las Resoluciones 1533 de mayo 2, 1379 de abril 20, 2520 de julio 9 y 3834 de octubre 12 de 1990 dentro del cual no se ha dictado sentencia; otro en la División Segunda Nacional de Ejecuciones Fiscales en el cual se libró mandamiento de pago tomando como título ejecutivo las Resoluciones citadas, luego "... el objeto y la causa petendi del proceso ejecutivo coactivo resulta en el fondo ser la misma que se ventila en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y es el pago o no de una suma de dinero impuesta por una multa impuesta (sic) por funcionario administrativo." (Fl. 50).

Agrega que en el proceso de ejecución se pueden proponer excepciones previas establecidas en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, dentro de las cuales está la de pleito pendiente. Y señala que en materia de cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva el Estado determinó un procedimiento aplicable al cobro de impuestos. Así

en el artículo 109 del Decreto 2503 de 1987 se pueden proponer excepciones contra el mandamiento de pago, entre otras, "La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o del proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo". (Fl. 51).

Afirma que con esta disposición se ha querido evitar que mientras esté por resolverse una revocatoria directa o una acción de nulidad, se cobre por vía coactiva los dineros objeto de tales acciones.

El Ministerio de Hacienda, por conducto de apoderado, presentó alegato fundamentado en jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado relativa a la excepción de pleito pendiente, para solicitar que se declare no probado el medio de defensa propuesto.

SE CONSIDERA

Contrariamente a lo afirmado por el señor apoderado de Ahorramás, Corporación de Ahorro y Vivienda, la existencia de un pleito pendiente para cuestionar la validez de las Resoluciones Nos. 1533, 2520, 1379 y 3834 de mayo 2, julio 9, abril 20 y octubre 12 de 1990, respectivamente, proferidas por la Superintendencia Bancaria, demandadas ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, no configura la excepción que se ha propuesto en el *sub-lite* contra el mandamiento de pago librado el 24 de mayo de 1991 por la División Segunda Nacional de Ejecuciones fiscales, por cuanto no existe identidad de causa, ni de objeto como lo exige el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, pues mientras aquel, que fue instaurado por la Corporación Ahorramás, está encaminado a obtener la nulidad de las referidas Resoluciones, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en éste, en que es parte demandante el Tesoro Nacional, se busca obtener en forma coactiva, el pago de unas multas impuestas a Ahorramás, con fundamento en un título integrado por unos actos administrativos, aunque los mismos, que se encuentran ejecutoriados y gozan de presunción de legalidad.

Por tanto, sólo si se tratare de la existencia de otro proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva para hacer exigibles las mismas multas a cargo de Ahorramás, que en este juicio se cobran, podría oponerse esta circunstancia como excepción de pleito pendiente frente al mandamiento de pago, en consecuencia no prospera la excepción.

Pero es bueno observar que si los actos administrativos que han dado origen al presente proceso ejecutivo están siendo controvertidos ante la jurisdicción contencioso administrativa, eventualmente puede darse la perjudicialidad por hallarse pendiente la decisión sobre la nulidad de dichos actos de alcance particular y la ejecución dependería de la determinación que allí se adoptare.

Más no corresponde a esta Corporación resolver su procedencia por materia asignada a la competencia del juez del conocimiento según el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a las disposiciones que cita el actor del Decreto 2503 de 1987, aclara la Sala que en la actualidad están contenidas en el Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario en el título VIII, y se refieren al Procedimiento Administrativo Coactivo establecido "para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales" (art. 823), procedimiento que no es aplicable al cobro ejecutivo conforme está dispuesto en el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, y la excepción de interposición demandas de restablecimiento del derecho no está contemplada como medio de defensa oponible en este proceso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

1o. Declarar no aprobada la excepción de pleito pendiente propuesta por el apoderado de Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda.

2o. Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren de la Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA-Objeto/DEMANDA DE JURISDICCION COACTIVA-Requisitos

La jurisdicción coactiva constituye un privilegio para la Nación, las entidades territoriales y los establecimientos públicos de cualquier orden, porque les facilita adelantar ante sí y por sí el cobro de los créditos a su favor, originados en multas, contribuciones, impuestos, alcances fiscales determinados por las contralorías, obligaciones contractuales, garantías y sentencias de condena, y las demás obligaciones que consten en documentos provenientes del deudor, sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional ordinario. Esa facultad se institucionalizó para recaudar de manera expedita los recursos económicos que legalmente les corresponden, indispensables para el funcionamiento de las entidades públicas, la atención a su función social, el cumplimiento de sus programas y desarrollo comunitario. Observando el carácter excepcional y especialísimo no se exige la presentación de demanda, porque es claro que de acuerdo con los fines perseguidos en esta especial jurisdicción no son imprecindibles todas aquellas exigencias reclamadas para los procesos ejecutivos ordinarios y entre esos formalismos los que inquietan al excepcionante.

JURISDICCION COACTIVA/MANDAMIENTO DE PAGO/EXCEPCION DE INEPTITUD DE DEMANDA-Improcedencia

Resulta inapropiado hablar de ineptitud de la demanda por ausencia de los requisitos formales invocados por el ejecutado siendo así que no se requiere demanda, sino sólo la existencia del título de recaudo en el que

conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, que brinde al funcionario ejecutor la oportunidad de proferir orden de pago conforme a las voces del artículo 68 del C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0352. Partes: Ministerio de Obras Públicas y Transporte C/ Sociedad de Inversiones POCAR Ltda.

Se decide la excepción previa propuesta por la parte ejecutada, por conducto de apoderado especial, contra el mandamiento de pago dictado en el proceso de la referencia, proveniente de la Sección de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales, Subdirección de Valorización, del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

ANTECEDENTES

Con fundamento en la resolución No. 12921 del 5 de noviembre de 1991, modificatoria de la No. 012737 del 23 de octubre de 1990, expedidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y la certificación fechada a 24 de marzo de 1993, que entregara la Subdirección de Valorización del mismo Ministerio (Fl. 1 a 5), su División Legal de Cobranzas libró mandamiento de pago, por jurisdicción coactiva, contra la Sociedad de Inversiones Pocar Ltda. y a favor de la Nación (Fondo Rotatorio Nacional de Valorización del Ministerio de OO.PP. y Transporte), por la cantidad de $1.593.406.oo, más los intereses de mora señalados en normas especiales, hasta cuando se cancele la obligación por concepto de contribución de Valorización causada por la reconstrucción y pavimentación de la carretera Bucaramanga-Floridablanca,-Piedecuesta, interrumpida temporalmente por disposición de la resolución No. 3277 de abril 29 de 1991.- Dicha orden de ejecución fechada al 29 de marzo de 1993, se dictó simultáneamente con la del embargo preventivo de bienes del ejecutado a título de medida cautelar.-

Para la notificación del mandamiento ejecutivo, por desconocer la dirección de la parte ejecutada, se ordenó la publicación de aviso como lo ordena la norma procesal.- Mientras ésto tenía lugar compareció ante el funcionario ejecutor el Sr. Luis Enrique Figueroa Clausen el 30 de julio de 1993, y en su calidad de gerente y represante legal de la persona colectiva demandada se notificó de la orden de pago.-

Mediante apoderado judicial la Sociedad de Inversiones Pocar Ltda. propuso contra el mandamiento de pago la excepción previa denominada de "Inepta Demanda", que fundamenta en la ausencia de "Los requisitos legales exigidos en el C.P.C., arts. 75 y 76, por no expresar la vecindad de las partes, para el caso de la parte activada; tampoco enuncia los hechos en que se funda la demanda, es decir, no hay demanda en forma, simplemente arrima unas fotocopias simples y borrosas, no es claro el cobro en su petitun, no expresa claramente los hechos en que se funda, no hace tampoco una

relación de los fundamentos de derecho en que se apoya, en fin, no es claro ni determina el objeto de la pretensión, tal como lo exige la ley procesal civil, normas que son las que rigen estos procesos" (fol. 6).

CONSIDERACIONES:

Ha planteado el excepcionante, como razón de ser de la propuesta, la falta de demanda en forma, porque se desconoce la vecindad de la parte actora, no se dan los fundamentos de hecho y de derecho, se aportó documento constitutivo del título de recaudo en copia simple y borrosa, hay indeterminación en el objeto pretendido, en una palabra, no existe demanda.-

Al respecto siguiendo las precisiones del artículo 561 de C. de P.C., es claro que la ejecución por la vía de la jurisdicción coactiva ha de seguirse por el trámite de un proceso de mayor, menor o mínima cuantía, según el caso, y gestionarse ante el funcionario que la ley disponga.- A su vez, el Art. 564 ibídem, alude a la forma de realizar la notificación del mandamiento ejecutivo.- Las demás disposiciones del C. de P.C. que regulan esta especie de ejecución, nada disponen respecto de la demanda.-

Ha sostenido la Sala que la jurisdicción coactiva constituye un privilegio para la Nación, las entidades territoriales y los establecimientos públicos de cualquier orden, porque les facilita adelantar ante sí y por sí el cobro de los créditos a su favor, originados en multas, contribuciones, impuestos, alcances fiscales determinados por las contralorías, obligaciones contractuales, garantías y sentencias de condena, y las demás obligaciones que consten en documentos provenientes del deudor, sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional ordinario.- Esa facultad se institucionalizó para recaudar de manera expedita los recursos económicos que legalmente les corresponden, indispensables para el funcionamiento de las entidades públicas, la atención a su función social, el cumplimiento de sus programas y el desarrollo comunitario.-

Observando ese carácter excepcional y especialísimo no se exige la presentación de demanda, porque es claro que de acuerdo con los fines perseguidos en esta especial jurisdicción no son imprescindibles todas aquellas exigencias reclamadas para los procesos ejecutivos ordinarios y entre esos formalismos los que inquietan al excepcionante.-

Además, resulta inapropiado hablar de ineptitud de la demanda por ausencia de los requisitos formales invocados por el ejecutado siendo así que no se requiere demanda, sino sólo la existencia del título de recaudo en el que conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, que brinde al funcionario ejecutor la oportunidad de proferir orden de pago conforme a las voces del artículo 68 del C.C.A.-

En esas condiciones la orden de pago, debidamente notificada al demandado, está enmarcada dentro de los parámetros legales, por lo que la excepción propuesta como previa carece de vocación de prosperidad.

A mérito de lo expuesto en el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Declarar no probada la excepción previa de "inepta demanda: aducida por la parte ejecutada contra el mandamiento de pago librado con fecha de 29 de marzo de 1993 por la División Legal de Cobranzas, Subdirección de Valorización del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, contra la Sociedad de Inversiones Pocar Ltda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y, UNA VEZ EJECUTORIADO, VUELVA EL EXPEDIENTE AL DESPACHO PARA DECIDIR SOBRE LA EXCEPCION DE MERITO PROPUESTA EN ESTE MISMO PROCESO.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de hoy veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.-

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carillo, Secretario.

AFIRMACION INDEFINIDA/CARGA DE LA PRUEBA/PERSONERO MUNICIPAL-Requisitos

Es a la parte demandada a quien concernía desvirtuar los supuestos de hecho que informan la demanda, pues ellos constituyen una afirmación indefinida que a la luz del inciso 2o. del artículo 177 del C. de P.C., aplicable en la jurisdicción contencioso administrativa por virtud de lo dispuesto en el art. 267 del C.C.A.; no requieren prueba y traen como consecuencia la inversión de la carga probatoria. Por tal razón a quien correspondía demostrar los requisitos exigidos por la ley para el desempeño del cargo de Personero Municipal es a la demandada y no al actor comprobar la ausencia de ellos.

PERSONERO MUNICIPAL-Requisitos/**NULIDAD ELECTORAL**

Las calidades que contempla el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986 son, indistintamente, las que imprimen, a quien aspire al cargo de Personero Municipal, la capacidad jurídica para poder ser elegido, y de la de la rigurosidad de su cumplimiento y acreditación se deriva la solidez y validez del acto de elección, así como de la ausencia de ellas se genera la nulidad del mismo. En el presente caso, aparece evidenciado el incumplimiento del citado art. 137 del Decreto 1333 de 1986 porque la señora no acreditó ninguna de las dos calidades requeridas en la norma, por lo que, habrá de invalidarse su elección.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 1085. Actor: Marco Alonso Fiesco Medina.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 29 de octubre de 1993.

ANTECEDENTES

1.- El ciudadano Marco Alonso Fiesco Medina actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, solicitó la nulidad del acto de elección contenido en el Acta No. 014 de noviembre 20 de 1992 del Concejo Municipal de Guadalupe, Huila, mediante el cual se declaró elegida como Personero de la citada localidad para el resto del período faltante, comprendido entre el 1o. de septiembre de 1992 a 1994, a la señora Consuelo Parra González.

Como consecuencia de la nulidad impetrada, pidió se ordene la cancelación de la elección correspondiente.

2.- Los supuestos fácticos que sirven de fundamento a la acción consisten en que la elegida, al momento de tomar posesión del cargo, no acreditó los requisitos exigidos por la ley para desempeñarse como Personero Municipal, como son, ser abogada titulada o haber terminado estudios de derecho.

3.- Por ello, el demandante estima violado el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto para ser Personero Municipal se exige ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho, condiciones que no han sido cumplidas por parte de la señora Parra de González. Agrega que las funciones del Personero han sido variadas a partir de la expedición del Decreto citado y de la Ley 11 de 1986, por lo que se puede afirmar que es el inicio de la recuperación de la función fiscalizadora de las comunidades a las administraciones municipales "...así como la real participación como veedor ciudadano y parte integrante y operativa del ministerio público." (Fl. 4 cuaderno 2).

4.- En capítulo aparte de la demanda, el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado, la cual fue decretada por el Tribunal de instancia al admitir la demanda, en auto de fecha 26 de febrero de 1993. Apelada esta decisión fue revocada por el Consejo de Estado en proveído del 21 de mayo de 1993.

5.- El Procurador 34 Judicial-Administrativo, intervino para contestar la demanda señalando que son ciertos los hechos y que se atiene a lo que resulte probado en el proceso. Solicitó la práctica de algunas pruebas tendientes a demostrar si el otro candidato al cargo de Personero, acreditó reunir las calidades requeridas por la ley (Fls. 20 y 21 cuaderno 2).

La demandada no dio respuesta alguna al libelo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Huila, en providencia de fecha 29 de octubre de 1993, declaró nula la elección de la señora Consuelo Parra de González como Personera del municipio de Guadalupe, Huila.

Consideró el *a-quo* que la mencionada ciudadana, correspondiéndole hacerlo, no acreditó título de abogada, o su condición de egresada de una facultad de derecho; y frente a la obligatoriedad que de tales requisitos exige el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986, su inobservancia es causal de nulidad.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la demandada impugnó la providencia del *a-quo* alegando que la parte actora " ... brilló por su interés y descuido, como quiera que ninguna colaboración prestó para el recaudo de las pruebas que solicitó..." (Fl. 56 cuaderno principal). Que el proceso terminó sin las pruebas suficientes para una decisión de fondo y cuando ello ocurre el juez se avoca a inhibirse de fallar en el fondo sin que esto sea una denegación de justicia, "... sino por el contrario una decisión enmarcada en los principios del derecho procesal y la ley sustantiva." (Fl. 56 cuaderno principal). Que el Concejo Municipal puede elegir un egresado o titulado para satisfacer lo exigido por la ley, pero en el presente caso efectuó un acto de interinidad, ya que esto fue la intención de los Concejales de Guadalupe al proceder como lo hicieron, por razones económicas o escasez de profesionales, a sabiendas del inconveniente. Que la calidad de interino no puede esgrimirse para violar la ley, pero cuando es necesario llenar el cargo y no desamparar a la comunidad, la ley 4a. de 1913 en su artículo 243 permite proveerlo en interinidad o en propiedad.

Agrega que el Concejo limitó su actuación a la designación de un Personero en interinidad, como la ley lo prevé cuando la Corporación no se halla reunida y faculta al Ejecutivo para hacerlo. Y señala que a las luces de los artículos 174 y 179 del C. del P. C. debió "... recurrirse a la facultad que tiene el Juez, para ahondar en la intención de los partícipes de la elección a objeto de establecer la intención de su actuar." (Fl. 57 cuaderno 2).

EL MINISTERIO PUBLICO

El criterio del Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso (E) la sentencia recurrida debe confirmarse, por cuanto las circunstancias de que la señora Parra de González no hubiera acreditado al momento de posesionarse en el cargo que reunía los requisitos, tal como se observa en la constancia dejada en su acta de posesión; que el Presidente del Concejo Municipal de Guadalupe hubiera aclarado en el oficio del 20 de abril de 1993, obrante a folios 33 y 34, que el nombramiento de la citada señora fue hecho por la Corporación teniendo en cuenta su idoneidad y los diferentes cargos

desempeñados; por no existir "personas que acepten el cargo de Personero eficientemente, que cumplan con los requisitos exigidos" y que la demandada no hubiera asistido al interrogatorio de parte decretado para aclarar si reunía o no los requisitos para el cargo, demuestran que son ciertas las afirmaciones contenidas en la demanda, en el sentido de que no es abogada ni ha terminado estudios de derecho.

Acreditado como está que el presupuesto de rentas y gastos del Municipio de Guadalupe, Huila, para la vigencia fiscal del año 1993 ascendía a la cantidad de $377.500.000 (fl.13), es competente el Consejo de Estado, por medio de esta Sección Quinta, para conocer el presente asunto.

CONSIDERACIONES

Se ha sostenido por el demandante, que la señora Consuelo Parra de González elegida Personera por el Concejo Municipal de Guadalupe, Huila, no acreditó, al momento de posesionarse en dicho cargo, los requisitos que para su desempeño exigen tanto el artículo 37 de la Ley 11 de 1986 como el artículo 137 del Decreto 1333 del mismo año.

Dispone el citado artículo 137 del decreto 1333 de 1986 que,

> "Para ser Personero se requiere ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho".

Según puede observarse a folios 7 y 8 del cuaderno No. 2, obra el Acta No. 014 correspondiente a la sesión del 20 de noviembre de 1992 del Concejo Municipal de Guadalupe, Huila, en la cual se dio paso a la postulación de dos candidatos al cargo de Personero. En dicha Acta se lee que los miembros del Concejo consideraron que los requisitos legales "... son muy difíciles de conseguir en Municipios pequeños como Guadalupe, menores de veinte mil habitantes..." (Fl. 7) pudiendo ser obviados, exigiéndose únicamente la simple calidad de cuidadano en ejercicio.

La elección de Personero, según dicha acta, recayó en la señora Consuelo Parra de González, quien no acreditó, según constancia que obra al folio 9 del cuaderno 2, los requisitos exigidos por el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986.

Expresa el apoderado de la apelante que el actor no prestó colaboración alguna para el recaudo de las pruebas que solicitó, es decir, que no demostró la ausencia de los requisitos exigidos en los artículos 137 del Decreto 1333 de 1986 y 37 de la ley 11 del mismo año para que su poderdante no pudiera ser elegida como personera municipal. En tal situación, considera la Sala que es a la parte demandada a quien concernía desvirtuar los supuestos de hecho que informan la demanda, pues ellos constituyen una afirmación indefinida que a la luz del inciso 2o. del artículo 177 del C. del P.C., aplicable en la jurisdicción contencioso administrativa por virtud de los dispuesto en el artículo 267 del C.C.A.; no requieren prueba y traen como consecuencia la inversión de la carga probatoria. Por tal razón a quien le correspondía demostrar los

requisitos exigidos por la ley para el desempeño del cargo de Personero Municipal es a la demandada y no al actor comprobar la ausencia de ellos.

Según se desprende del proceso, y particularmente del acta de la diligencia de audiencia pública celebrada el 18 de mayo de 1993, visible al folio 38 del cuaderno principal, la parte demandada no contestó la demanda, como tampoco compareció cuando, a instancias del actor, fue citada a interrogatorio de parte con el fin de explicar los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda. Por tanto no prestó su colaboración para llevar claridad al proceso y desvirtuar la imputación que le fue hecha.

El Presidente del Concejo Municipal de Guadalupe, en comunicación de 20 de abril de 1993 (fls. 33 y 34 cuaderno principal), al responder el Oficio No. 0271 de 8 de marzo de 1993 del Tribunal de instancia, mediante el cual se le solicitó el envío de los antecedentes administrativos que sirvieron de base para la elección como Personero Municipal de Consuelo Parra de González, explica que dicho nombramiento en propiedad se debió a "...su capacidad e idoneidad en el cumplimiento de sus funciones..." en los cargos desempeñados en la Administración Municipal, y anexó la relación de dichos cargos (Fls. 35 y 36 cuaderno principal); pero en parte alguna de este documento existe evidencia sobre su condición de abogada titulada o sobre que hubiera terminado estudios de derecho.

Ahora bien, las calidades que contempla el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986 son, indistintamente, las que imprimen, a quien aspire al cargo de Personero Municipal, la capacidad jurídica para poder ser elegido, y de la rigurosidad de su cumplimiento y acreditación se deriva la solidez y validez del acto de elección, así como de la ausencia de ellas se genera la nulidad del mismo.

En el presente caso, aparece evidenciado el incumplimiento del citado artículo 137 del Decreto 1333 de 1986 porque la señora Consuelo Parra González no acreditó ninguna de las dos calidades requeridas en la norma, por lo que, habrá de invalidarse su elección.

Resta agregar que al juez administrativo no le es dado acudir a interpretaciones forzadas, para desentrañar la verdadera intención de los Concejales de Guadalupe al elegir Personero, como sugiere el apelante. Y menos aún omitir dar cumplimiento a la ley por hechos constitutivos de situaciones transitorias, pues aún, en el supuesto de que el acto de elección acusado hubiera sido en interinidad, que no lo fue, tal circunstancia no eximía al candidato de la obligación de acreditar una cualquiera de las dos calidades exigidas para el cargo, como requisito de elegibilidad.

En estas condiciones, considera la Sala que la tacha formulada resulta evidente y por tal razón la demanda debe prosperar. En consecuencia, se confirmará la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en un todo de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada. Una vez en firme regrese al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carillo, Secretario.

PERSONERO MUNICIPAL-Requisitos/NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD -Requisitos

Mientras la ley no señale otros presupuestos, trátese de nombramiento en propiedad o en interinidad, el investido para el cargo debe reunir uno de los dos que expresamente consagra el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986, vale decir, ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho. La disposición como bien lo anota la distinguida colaboradora del Ministerio Público, no hace ninguna salvedad cuando el nombramiento se haga en uno u otro sentido, a lo que debe agregarse que tampoco la hace en el caso del Personero suplente o personero delegado en lo penal, cargos para los que también se deben reunir los mismos presupuestos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1o. de la Ley 03 de 1990 y 4 de la Ley 53 del mismo año respectivamente.

NEGACION INDEFINIDA/CARGA DE LA PRUEBA-Inversión

Tratándose el cargo de una proposición negativa indefinida, en virtud del principio consagrado en el artículo 177 del C. de P. C. opera el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba, según el cual, a la demandada correspondía desvirtuar la afirmación del actor, o sea, aportar las pruebas que acreditasen su condición de abogado titulado o haber terminado estudios de derecho, pero como aquella no intervino en el proceso como atrás quedo explicado, el cargo no tuvo ninguna contradicción y dada esta circunstancia, adquirió mérito legal para servir de apoyo a la solicitud de nulidad del acto demandado por violación del artículo 137 del Decreto 1333 de 1986.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia : Expediente No. 1089 Electoral Segunda Instancia. Actor: Blas Emiro García Rojas.

Decide la Sala, los recursos de apelación interpuestos en tiempo por el apoderado del actor y el Procurador Judicial 46, contra la sentencia dictada en este proceso el 22 de octubre de 1993.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA.

Obrando por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano BLAS EMIRO GARCIA ROJAS demandó ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, "la nulidad del nombramiento" (sic) que de la señora PRISCILA ROJAS DE RIOS como personera municipal de Cómbita departamento de Boyacá, hizo el concejo de allí en sesión ordinaria del 30 de agosto de 1992.

Afirma el actor que ante la carencia de los requisitos legales establecidos por el artículo 37 de la Ley 11 de 1986 y el artículo 137 del D. 1333 del mismo año, el concejo municipal de la expresada localidad, eligió en interinidad para el cargo mencionado a la señora ROJAS DE RIOS, "sin que existiera razón válida para ello, en una típica conducta de fraude a la ley ... para buscarse con tal estratagema ... la preclusión de la caducidad de la acción de nulidad electoral, antes del vencimiento de la interinidad de la persona designada, y quedando ulteriormente en propiedad, como en forma ilegal desempeñó el cargo mencionado en el período anterior".

Agrega que tal elección no fue para parte de un período sino que se hizo para iniciar el período legal del 1° de septiembre de 1992 a 31 de agosto de 1994 y por ello no existía razón para que la designación se hiciera en INTERINIDAD, " para con este artificio buscarse que el cargo fuera desempeñado, por quien carece en absoluto de los requisitos legales establecidos para su desempeño, en una clara burla a la ley".

Invoca como normas violadas los artículos 37 de la Ley 11 de 1986 y 137 del Decreto 1333 del mismo año.

Al admitirse la demanda se negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, decisión confirmada por la Corporación al resolver el recurso de alzada contra aquella propuesto (fls. 39 y S.S.).

Respecto al libelo no hizo ningún pronunciamiento la demanda, tampoco actuó en el desarrollo del proceso, excepción hecha de la declaración que a instancias del actor rindió en la etapa probatoria (fl. 12 cdno. de pruebas).

LA SENTENCIA RECURRIDA

Es contraria a las súplicas del actor, puesto que en su parte resolutiva se deniegan las pretensiones de la demanda.

Las consideraciones que condujeron al *A-quo* a adoptar su decisión las transcribe la Sala en su texto, para facilitar el estudio previo al pronunciamiento de fondo en lo que a esta instancia corresponde. Expuso el Tribunal:

> *El Concejo Municipal de Cómbita, como consta en el Acta No. 007 del 30 de agosto de 1992, eligió a PRISCILA ROJAS, como PERSONERA MUNICIPAL en INTERINIDAD, mediante votación verificada junto con otros postulados para el cargo, sin que en el Acta se hable expresamente de período alguno, ni de calidades de los postulados (fls. 17 a 18 ibídem).*
>
> *De la declaración rendida en el proceso por la elegida, se establece que no es abogado titulado, ni ha terminado estudios de derecho (fl. 18 cuad. 2), es decir, que no reunía las calidades para el desempeño del aludido cargo, exigidas concretamente por los ordenamientos legales alegados por la parte actora. Tampoco obra en el proceso demostración de la existencia de algún aspirante a la Personería con el lleno de los mencionados requisitos, ni respecto de las personas que también fueron postuladas junto con la nominada.*
>
> *Así las cosas, si bien la señora PRISCILA ROJAS no podía ser elegida Personera Municipal en propiedad, por no reunir las calidades exigidas en el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986, ante la circunstancia de tampoco tenerlas los demás postulados para el cargo, ni existir aspirante con el lleno de las mismas, y, además, habida cuenta de que según el artículo 1o. de la Ley 3a. de 1990, en cada Municipio debe haber un Personero Municipal, que implica una función de servicio público permanente, y por ende no puede sufrir interrupción alguna, en nuestro caso, procedía acudir al mecanismo de la interinidad para la provisión del cargo, que permite la continuidad de la prestación del servicio y verificar la elección en propiedad en el momento que se presente la persona que cumpla con las exigencias legales para tal fin.*
>
> *Conviene observar, respecto de la transcripción jurisprudencial traída por el señor Procurador judicial en su concepto de fondo (fls. 54 a 55 cuad. 1), que visto en su integridad el extracto del caso publicado en el tomo XIII de Extractos de Jurisprudencia , páginas 422 a 425, con relación al nombramiento en interinidad, para lo nuestro, no resulta aplicable, puesto que allí, sí existía persona postulada para el cargo, con las condiciones requeridas para el mismo, y se eligió a quien carecía de ellas, mientras que aquí, ninguno de los postulados los ostentaba.*

Las anteriores breves consideraciones son suficientes para una conclusión desfavorables (sic) a las pretensiones de la demanda, apartándose de la posición al respecto, del señor Procurador Judicial -46-, ante este Tribunal.

LOS RECURSOS DE APELACION

Sentaron su inconformidad con el fallo a través de escritos de apelación, el apoderado de la parte demandante (fls. 61 y s.s.) y el Procurador Judicial 46 ante el Tribunal Administrativo de Boyacá (fls. 68 y s.s.), ambos insisten en la declaratoria de nulidad del acto demandado.

El primero, con apoyo en la prueba testimonial rendida por la señora PRISCILA ROJAS DE RIOS -demandada- en la cual ésta sin ninguna duda reconoce no ser abogada titulada ni haber terminado estudios de derecho, lo que a su juicio equivale a reconocer que para la fecha de su elección como personera de Cómbita, no reunía las calidades para el desempeño del cargo al tenor de lo dispuesto por las disposiciones que en la demanda se citan como infringidas, circunstancia que admite el *A-quo* en el fallo deprecado pero que sin embargo, al considerar que no se trataba de una elección en propiedad sino en interinidad, denegó la nulidad impetrada.

Agrega que los requisitos previstos en el artículo 137 del D. 1333 de 1986 son de obligatorio cumplimiento para quienes aspiren a ejercer el cargo de personero municipal, sin que importe el tipo de vinculación que se haga para proveerlo, bien sea en "PROPIEDAD, ENCARGO, etc" y en apoyo de este punto cita lo expresado por la sección en el fallo dictado el 18 de septiembre de 1991, en el expediente No. 0561.

El segundo de los recurrentes precisa al sustentar la apelación:"cuando la ley ordena que para ser personero se necesita tener algunas cualidades entre ellas la de ser abogado titulado, no está de ninguna manera posibilitando el fraude a la propia ley y haciendo espaciosas disgregaciones (sic) de que el nombramiento sea en propiedad, en interinidad, por encargo, por muerte del titular, o vacaciones y que de acuerdo con cada una de esas circunstancias, los honorables concejales puedan nombrar a un ciudadano muy honorable y bien intencionado, pero carente de conocimientos jurídicos...Precisamente para que no se cometan esos desafueros ...fue que la propia ley exige que el nombramiento recayera en una persona que tuviera conocimientos de derecho o que principalmente fuera abogado titulado".

El agente del Ministerio Público solicita se revoque la sentencia y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda porque a su juicio, de las pruebas -hoja de vida y declaración rendida por la demandada se deduce con claridad que ésta en el momento de su elección, no reunía los requisitos para ocupar el cargo de personera, señalados en el artículo 137 del D. 1333 de 1986.

Respecto al fallo aduce no ser de recibo el argumento del Tribunal para no acceder a la nulidad impetrada, pues si hubiera sido intención del legislador facultar para la

elección de personero municipal cuando no se encuentre persona que reúna las calidades exigidas, así lo hubiera expresado en el artículo 137, pero como no hizo esta salvedad, la persona que aspire al cargo debe reunirlas.

No observándose vicio de nulidad que afecte la actuación procede el estudio de fondo y para ello,

SE CONSIDERA

El Tribunal Administrativo de Boyacá al resolver el fondo del asunto *sub-júdice*, denegó las suplicas de la demanda incoada por BLAS EMIRO GARCIA ROJAS, en la que este ciudadano por conducto de apoderado solicita la nulidad de la elección de la señora PRISCILA ROJAS DE RIOS, como personera del municipio de Cómbita-Boyacá, la cual hizo el concejo de esta localidad en sesión del 30 de agosto de 1992.

El *a-quo* encontró probado el supuesto de hecho alegado por el actor, consistente en la violación de los artículos 37 de la ley 11 de 1986 y 137 del D. 1333 de 1986, por no reunir la nombrada los requisitos exigidos en estas disposiciones para acceder legalmente al desempeño de dicho cargo.

Las pruebas de las cuales dedujo el hecho corresponden al acta No. 007 del 30 de agosto de 1992 vista a folios 17 y 18 contentiva del acto acusado y la declaración rendida en el proceso de la señora PRISCILA ROJAS DE RIOS, en la que manifiesta no poseer ninguna de las cualidades previstas en la ley para desempeñarse en tal posición.

Sin embargo, pese a estar claramente demostrados los aspectos fácticos, el Tribunal desatendió las súplicas de la demanda con base en la siguiente argumentación:

"Así las cosas, si bien la señora PRISCILA ROJAS no podía ser elegida personera municipal en propiedad, por no reunir las calidades exigidas en el artículo 137 del D. 1333 de 1986, ante las circunstancia de tampoco tenerlas los demás postulados para el cargo, ni existir aspirante con el lleno de las mismas, y, además, habida cuenta de que según el artículo 1 de la Ley 3 de 1990, en cada municipio debe haber un personero municipal, que implica una función de servicio público permanente, y por ende no puede sufrir interrupción alguna, en nuestro caso, procedía acudir al mecanismo de la interinidad para la provisión del cargo, que permite la continuidad de la prestación del servicio y verificar con la elección en propiedad en el momento que se presente la persona que cumpla con las exigencias legales para tal fin".

Frente a estos planteamientos la Sala no puede menos que entender la posición de inconformidad de los recurrentes con el fallo, pues encuentra que en ellos el *A-quo* se aleja de la realidad procesal y jurídica existentes en el proceso, para llegar a unas conclusiones contrarias al ordenamiento legal.

En efecto, se aparta de los hechos alegados y que considera probados e ignora la norma legal cuyo supuesto se estima quebrantado, aplicando en cambio otros criterios

circunstanciales sin ningún apoyo legal, para dar validez al acto de nombramiento en interinidad.

La circunstancia de que además de la demandada, otros postulados no reunieran las calidades para desempeñar el cargo de personero municipal de Cómbita-Boyacá, situación que no se acreditó ni se presentaran más aspirantes que las cumplieran no constituyen a juicio de la Sala, elementos de juicio suficientes para legitimar el acceso a dicha investidura, con el argumento de que las funciones correspondientes a su ejercicio, no admiten interrupción por tratarse de un servicio público. Considera la Sala que mientras la ley no señale otros presupuestos, trátese de nombramiento en propiedad o en interinidad, el investido para el cargo debe reunir uno de los dos que expresamente consagra el artículo 137 del D. 1333 de 1986, vale decir, ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho. La disposición como bien lo anota la distinguida colaboradora del Ministerio Público, no hace ninguna salvedad cuando el nombramiento se haga en uno u otro sentido, a lo que debe agregarse que tampoco la hace en el caso de personero suplente o personero delegado en lo penal, cargos para los que también se deben reunir los mismos presupuestos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 03 de 1990 y 4 de la Ley 53 del mismo año, respectivamente.

Estas exigencias legales en materia de calidades, tienen su explicación lógica dadas las funciones que dentro del marco constitucional y legal ejercen tales servidores públicos en nombre del Estado y la sociedad.

Consta en el expediente que a la señora PRISCILA ROJAS DE RIOS le fue notificado el auto admisorio de la demanda por Edicto, conforme a lo dispuesto en el artículo 233 numeral 3 del C.C.A., pero no consta que a pesar de haber sido vinculada al proceso mediante este acto, hubiera ejercido una actitud de defensa con la finalidad de desvirtuar los hechos allí presentados, en su condición de sujeto pasivo de la acción.

Su participación obedeció no a su carácter de demandada, sino a la declaración que le solicitó rendir en la etapa de pruebas el demandante. Es de observar, que tanto la petición como el decreto de la prueba no se ajustaron al procedimiento que para el interrogatorio de las partes consagra el título XIII, capítulo II del C. de P.C. Se recepcionó el testimonio como si se tratara de un tercero ajeno al proceso, cuando en realidad se trata de una parte a la cual debe cobijar necesariamente los efectos de la sentencia. Por esta razón la declaración así vertida carece de valor legal al estar afectada de nulidad.

Ahora si bien la antecitada prueba es ineficaz para acreditar los hechos en que se fundamentan las pretensiones, ello no quiere decir que aquellos no hayan sido demostrados por otros medios legales. En efecto, tratándose el cargo de una proposición negativa indefinida, en virtud del principio consagrado en el artículo 177 del C.de P.C., opera el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba, según el cual, a la demandada correspondía desvirtuar la afirmación del actor, o sea, aportar las pruebas que acreditasen su condición de abogado titulado o haber terminado estudios de

derecho, pero como aquélla no intervino en el proceso como atrás quedó explicado, el cargo no tuvo ninguna contradicción y dada esta circunstancia, adquirió mérito legal para servir de apoyo a la solicitud de nulidad del acto demandado por violación del artículo 137 del D. 1333 de 1986.

De las anteriores consideraciones se deduce claramente que la decisión a adoptar en esta instancia, no puede ser distinta a la de revocatoria de la sentencia apelada para en su lugar dar prosperidad a la pretensión demandada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, -Sección Quinta-, de acuerdo con la Procuradora Delegada en lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia apelada.

SEGUNDO : En su lugar, **declárese** la nulidad del acto por medio del cual el concejo municipal de Cómbita-Boyacá, en sesión del 30 de agosto de 1992 y según acta No. 007 de la misma fecha, eligió como personera en interinidad a la señora PRISCILA ROJAS DE RIOS.

TERCERO: **Comuníquese** por el *A-quo* la decisión a la expresada Corporación y demás autoridades pertinentes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTE PROVEIDO VUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue leída, estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL/VIA GUBERNATIVA-Improcedencia/ACTO SIMPLE Y COMPLEJO/ACTO COMPLEJO-Inexistencia

Ha sido criterio de la Corporación que frente a actos de carácter electoral no hay lugar al agotamiento previo de la vía gubernativa para efectos de incoar la acción. Debe precisarse igualmente, que el acto administrativo demandado no tiene el carácter de complejo, como lo sugiere la parte impugnante, sino de acto simple y completo, por lo que debe acudirse directamente a la vía jurisdiccional para efectos de su discusión.

CONGRESISTA-Inhabilidades/SANCION PENAL

Dentro del debate probatorio se allegan los documentos que dan a la Sala total certeza sobre la existencia de una condena en firme contra el demandado a pena privativa de la libertad sin que tales documentos se discutan por la parte impugnadora, por lo que sin comentarios adicionales, debe concluirse, necesariamente, que el hecho alegado por la parte actora se encuentra debidamente comprobado y, en consecuencia, por este aspecto procede la anulación del acto acusado.

CONGRESISTA/VACANCIA ABSOLUTA/SUPLENTE-Inexistencia-NULIDAD ELECTORAL-Efectos

Los cargos de elección popular en las corporaciones públicas, en el caso concreto el de Representante a la Cámara, no tiene suplentes. Genera vacancia por faltas absolutas, conforme lo prevé la Ley 5a. , entre otras, la declaratoria de nulidad de la elección correspondiente. Las

disposiciones no operan *ipso jure*, y no tuvieron tal operancia en el caso de autos, como se deduce de las pruebas allegadas durante el juicio, sino que dan lugar a un acto de llamamiento, en este caso tácito a la persona indicada para suplir la falta en cuestión. El llamado y posesionado para cubrir la falta absoluta de quien fue elegido, pero anulada su elección debía ser, conforme a las normas, quien le seguía en el segundo y no en el tercer lugar de la lista de inscripción de candidaturas para la elección respectiva. El demandado ocupaba el tercer lugar en la lista de inscripción encabezada por Felipe de Jesús Namen Rapalino, para las elecciones del 27 de octubre de 1992. En acta del 13 de mayo de 1993 se consigna la posesión como Representante a la Cámara del demandado quien ocupó el tercer lugar en la lista mencionada según se desprende de los anteriores documentos. En tales condiciones es claro que las disposiciones invocadas por la demanda fueron infringidas por el acto acusado, que por este aspecto debe ser anulado puesto que el llamado y posesionado fue el tercero y no el segundo de la lista.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 1038. Actor: José Ignacio Vives Echevarría. Unica Instancia.

Obrando en nombre propio, el actor de la referencia demanda la nulidad del acto y/o hecho del señor Presidente de la Cámara de Representantes consignado en el Acta No. 054 de la sesión ordinaria de dicha Corporación, fechada el 13 de mayo de 1993, por medio del cual reconoce al señor Emiro Raúl Pérez Ariza como Representante en reemplazo del señor Felipe de Jesús Namen Rapalino, le toma juramento y le da posesión del cargo.

ANTECEDENTES

Son hechos de la demanda:

El domingo 27 de octubre de 1991 se realizaron las elecciones para elegir congresistas para el período constitucional 1o. de diciembre de 1991 al 19 de julio de 1994. Durante estos comicios resultó elegido Representante por el departamento del Cesar el ciudadano Felipe de Jesús Namen Rapalino.

Mediante sentencia ejecutoriada de fecha 19 de enero de 1993, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección del señor Namen Rapalino, por inhabilidad en la persona mencionada.

Una vez ejecutoriada la sentencia, el Presidente de la H. Cámara de Representantes procedió a su ejecución, para lo cual ha debido tener en cuenta que tal decisión se trataba de una *"falta absoluta"* del congresista cuya elección se había anulado, la cual conforma los arts. 134 y 261 de la C.N., debió ser llenada por el candidato no elegido en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente.

Para cumplir con lo anterior, el señor Presidente de esta Corporación ha debido cumplir estrictamente lo ordenado en el art. 278 de la Ley 05 de 1992 sobre el Reglamento del Congreso, el cual no fue acatado por éste.

La lista de candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción electoral del departamento del Cesar, encabezada por el señor Namen Rapalino tiene como segundo renglón inscrito y no elegido al señor Yaver Cortés Anuar y como tercer renglón inscrito y no elegido al señor Emiro Raúl Pérez Ariza. Sin embargo, con expresa violación de la ley, se dio posesión, por parte del Presidente de la Corporación, al señor Pérez Ariza, en la sesión plenaria del jueves 13 de mayo de 1993, de acuerdo con lo contenido en el Acta No. 54 de la sesión ordinaria de la H. Cámara de Representantes.

Además, el ciudadano Emiro Raúl Pérez Ariza está inhabilitado para ser congresista, de acuerdo a lo previsto en el num. 1) del art. 179 de la Carta Fundamental, ya que éste fue condenado a las penas de "prisión" y de "multa" mediante sentencia de segunda instancia de fecha 23 de febrero de 1988 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar (Dpto. del Cesar), por el delito de abuso de confianza. Contra esta sentencia no procede ninguna clase de recursos ya que quedó debidamente ejecutoriada y, en consecuencia, se encuentra en firme.

Estos hechos son suficiente motivo para que se declare la nulidad de la elección del señor Emiro Raúl Pérez Ariza como Representante al Congreso Nacional.

La nulidad es procedente con fundamento, especialmente, en el art. 228 del C.C.A. y también por la causal 5) del art. 223 *ibídem*, tal como esta disposición quedó subrogada por el art. 17 de la Ley 62 de 1988.

En el mismo escrito, el actor solicitó la suspensión provisional del que culminó en acto y/o hecho demandado. Mediante auto fechado el 2 de julio de 1993, la Sección Quinta admitió la demanda y denegó la medida solicitada por considerar que se hace necesario un debate probatorio para evaluar la situación con todos los elementos de juicio, lo cual, sólo puede hacerse al momento del fallo (fls. 63 a 76).

Mediante escrito presentado el 9 del mismo mes y año, la parte demandante presentó corrección de la demanda, argumentando lo siguiente:

- Reiterando que el señor Emiro Raúl Pérez Ariza estaba condenado a pena privativa de la libertad por sentencia de febrero 23 de 1988, aclara que ésta *"quedó ejecutoriada el día viernes cuatro (4) de MARZO de 1988 a las 6 P.M."*, como así

lo certifica la Secretaría del Juzgado en un folio que se adjunta como prueba en el presente escrito.

- La identidad del H. Representante demandado señor Emiro Raúl Pérez Ariza está plenamente probado y es claro que la persona que se posesionó el 13 de mayo de 1993 es la misma a quién la sentencia de fecha 23 de febrero de 1988 condenó a pena privativa de libertad, de acuerdo con el certificado expedido por el señor Juez Primero Penal Municipal de Codazzi, fechado el 2 de julio de 1993.

Por otra parte, el actor solicita reposición del auto de fecha 2 de julio de 1993, en cuanto se denegó la suspensión provisional.

El 15 de julio de 1993, el señor Emiro Raúl Pérez Ariza, a través de apoderado debidamente constituido (poder obra fl. 88) aportó una serie de pruebas para que sean tenidas en cuenta en su oportunidad y con el valor legal que les corresponde (fls. 89 a 91).

A fl. 103, la parte demandada, actuando dentro del término de traslado a la parte contraria del recurso de reposición interpuesto contra la providencia de julio 2 de 1993, se opone a que se acceda a esta petición.

Mediante auto fechado el 30 de julio de 1993, la Sección Quinta de esta Corporación confirmó la denegación de la medida de suspensión provisional, resolvió no hacer pronunciamiento alguno sobre la petición de corrección de la demanda por no ser la oportunidad procesal para hacerlo y reconoció al apoderado de la parte demandada, en los términos y para los efectos previstos en el poder (fls. 107 a 112).

El 24 de septiembre de 1993, el apoderado del demandado impugna la demanda y, en consecuencia, se opone a las pretensiones procesales por cuanto la parte demandante carece de derecho, interés y capacidad para instaurar la acción electoral que ha promovido contra EMIRO RAUL PEREZ ARIZA.

Propone las siguientes excepciones:

1. La excepción genérica.

2. La excepción de caducidad de la acción, por no haberse instaurado en término ésta, es decir, dentro de los 20 días previstos por la ley (art. 7o. de la Ley 14 de 1988).

3. La excepción de falta de jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 135 del C.C.A., por no haber sido agotada la vía gubernativa mediante los recursos previstos en los arts. 50 del C.C.A. y 44 de la Ley 5a. de 1992 con relación a la manifestación de voluntad o acto administrativo no escrito.

4. La excepción de petición de modo indebido, por no ser procedente en el *subjúdice* la acción pública electoral autorizada por el art. 227 del C.C.A. Se deduce, alega,

por algunos de los hechos de la demanda que lo que se busca con la acción incoada es el restablecimiento de un derecho a favor de señor Anuar Yaver Cortés, de lo cual, se infiere claramente que acción pertinente no es la electoral aquí intentada, si se tiene en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación sobre los motivos y finalidades expuestas en la sentencia de agosto 10 de 1961, ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta y en el auto de agosto 21 de 1972, ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

5. La excepción de inobservancia del debido proceso judicial y la excepción de inobservancia de la plenitud de las formas propias del correspondiente juicio contencioso administrativo, por haber sido admitido el libelo sin dar cumplimiento al art. 143 del C.C.A., a saber:

- El actor no acompañó con la demanda copia del acto acusado con la constancia de su publicación, notificación o ejecución, de acuerdo con lo ordenado en el art. 139 del C.C.A.

- El acto administrativo no fue individualizado con precisión, como lo exige el art. 138 ibídem.

- No se demandó el acto por medio del cual la elección se declaró, "acto" que no aparece en todo el libelo demandatorio, ignorando lo establecido en el art. 229 del C.C.A. (fls. 125 a 128).

En escrito que obra a fl. 234, el señor Emiro Raúl Pérez Ariza, actuando directamente, tacha la falsedad el documento que obra a fl. 84 del expediente. Mediante auto fechado el 13 de octubre de 1993, la Sala Unitaria resolvió no oír al señor Pérez Ariza, ya que éste otorgó poder para ser representado en el proceso, personería que fue reconocida y, en consecuencia, no puede ser oído al obrar directamente (fl. 238 y 239). El apoderado del demandado interpuso recurso de reposición contra este último auto (fls. 276 y 277). Por su parte, el actor, en escrito presentado el 27 de octubre de 1993, solicita que se confirme el auto, considerando que la tacha de falsedad es un recurso para dilatar el proceso, entre otras cosas (fls. 281 a 284). Mediante auto fechado el 3 de noviembre de 1993, se rechaza por Sala Unitaria el recurso de reposición contra el auto fechado el 13 de octubre del mismo año por improcedente (fls. 302 a 305).

Por auto de 17 de noviembre de 1993 se niega el trámite de la tacha de falsedad propuesta esta vez por el apoderado de la parte demandada (fl. 328).

El 24 de noviembre del mismo año, la parte demandada suplica el auto anterior (fls. 335 a 337). A su vez, la parte demandante, mediante escrito presentado el mismo día, solicita que se ordene correr traslado a las partes para evitar seguir dilatando el proceso (fl. 338).

Mediante auto fechado el 6 de diciembre de 1993, la Sección resolvió confirmar el auto suplicado (fls. 342 a 346).

Durante el término de traslado a las partes para presentar sus alegatos, el apoderado de la parte demandada, además de ratificarse en los argumentos expuestos en la contestación del libelo, agregó los siguientes (fls. 356 a 362):

- La Comisión de la Mesa de la H. Cámara de Representantes resolvió una petición, mediante resolución No. 323 de junio 23 de 1993 donde mantuvo "la determinación de la H. Cámara de Representantes, de haber posesionado al Doctor Emiro Raúl Pérez Ariza, como reemplazo de vacancia absoluta, dispuesta por el H. Consejo de Estado". Sin embargo, en la demanda de autos el actor no dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del art. 138 del C.C.A. en el sentido de demandar esta resolución.

- Es improcedente apoyar la acción en la causal de nulidad prevista en el num. 5o. del art. 223, por cuanto no se trata de la nulidad de un acta de escrutinio de jurado de votación, ni acta de escrutinio de corporación electoral.

- Las pruebas presentadas por el actor, como son la fotocopia del Juez Segundo Penal del Circuito de Valledupar, fechada el 23 de febrero de 1988, la constancia expedida por la Secretaría del mismo Juzgado, con fecha 17 de junio de 1993 y la certificación expedida por el Juez Primero Municipal de Agustín Codazzi del 2 de julio de 1993, no pueden servir de soporte para la decisión judicial, pues independientemente de carecer de presunción de autenticidad, no se tratan de pruebas legal o regularmente expedidas y allegadas al proceso. Debe darse aplicación al inciso final del art. 29 de la Constitución política según el cual *"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"*.

- De acuerdo a lo dispuesto en el art. transitorio 2 de la Constitución, en las elecciones celebradas el 27 de octubre de 1991, el régimen de inhabilidades aplicable a los candidatos del Congreso no es el previsto en el art. 179*ibídem*, sino el contemplado expresamente en esa norma transitoria, por lo cual, no se le puede al señor Emiro Raúl Pérez Ariza el que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el art. 179 de la Carta Magna, no pudiendo incurrir en violación de éste por sustracción de materia.

Además, no siendo la ley preexistente a la sentencia de segunda instancia, no se puede juzgar conforme a la citada norma pues se quebrantaría el inciso 2o. del art. 29 de la C.N., y no se daría cumplimiento al inciso segundo del art. 181 del mismo estatuto.

Por último, la violación de los arts. 134 y 261 de la Constitución y el art. 280 de la Ley 05 de 1992, a pesar de no existir, no están consagradas como causales de nulidad, y como la jurisdicción administrativa es rogada no puede el juez, a su arbitrio, imponer causales "de su cosecha".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Octava Delegada para lo Contencioso en su vista de fondo solicita la anulación del acto acusado con base en los siguientes fundamentos:

Afirma, de manera general, que conforme a los Arts. 234 y 261 del la Constitución Política y el Art. 278 de la Ley 5a. de 1992, cuando se presenta la falta absoluta de un congresista, quien debe ser llamado a cubrir dicha falta es el que le sigue en turno en la misma lista inscrita.

En el presente caso, conforme a la pruebas aportadas, quien debió ser llamado a ocupar la curul dejada por el señor Namen Rapalino, al haber sido anulada su elección por la justicia contencioso administrativa, era el señor Anuar Yaver Cortés. Como debe ser anulado el acto acusado.

Con base en lo anterior considera que no es del caso analizar el cargo relativo a la violación del art. 179-1 de la C.N., en el cual se alega la condena del señor Pérez Ariza como fundamento de inhabilidad para ocupar la curul.

CONSIDERACIONES

CUESTIONES PREVIAS

Se procede a estudiar las excepciones planteadas como se describió en otro acápite de esta providencia, con la precisión de, que las mismas, serán analizadas como motivos de impugnación por cuanto desaparecieron como excepciones previas por la derogatoria que del Art. 163 del C.C.A., hizo el Art. 68 del Decreto 2304 de 1989. Igualmente se estudiarán las demás cuestiones previas planteadas, para esclarecer si es o no del caso estudiar el fondo del asunto.

Caducidad de la acción. Conforme se deduce de las pruebas allegadas, el acto acusado -llamamiento de quien ocupó la curul en reemplazo del Dr, Namen Rapalino, se produjo el 13 de mayo de 1993. En consecuencia, el término de veinte días de que trata el Art. 28 de la Ley 78 de 1986, tal como fue modificado por el Art. 7o. de la Ley 14 de 1988, vencía el 11 de junio de 1993, día en que se presentó la demanda. Se deduce claramente, entonces, que la acción se incoó dentro de la oportunidad legal y, por este aspecto, es procedente analizar el fondo del negocio.

Falta de jurisdicción, por falta de agotamiento de la vía gubernativa. Ha sido criterio de la Corporación que frente a actos de carácter electoral no hay lugar al agotamiento previo de la vía gubernativa para efectos de incoar la acción.

En sentencia del 19 de mayo de 1987, exp. 013, actor: Fabio Fernández Marín, Consejero Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello, dijo la Sala Electoral:

> *"En la elección popular del Presidente de la República, de los Alcaldes y de los miembros de las corporaciones públicas, legislativas o administrativas, puesto que se les designa para ejercer una función pública, hay un eminente interés público que prevalece sobre el particular de los candidatos. No puede entenderse entonces que del acto electoral emana una situación predominante individual o subjetiva, puesto que es de rango superior la de carácter impersonal u objetivo.*

"....

"En suma, la acción pública, tanto la electoral como la de nulidad de los actos administrativos de efectos jurídicos generales (que también puede ejercerse contra los de carácter concreto cuando se persigue el restablecimiento de la legalidad vulnerada y no de un derecho particular, o no se produce él como consecuencia de la declaración de aquella), es incompatible con ese requisito del agotamiento de la vía gubernativa, pues sí está abierta a todos los ciudadanos, tal condición implicaría que todos aún sin interés personal alguno, tendrían que actuar ante los organismos o funcionarios administrativos, si existe ese procedimiento previo, que no lo hay tratándose de actos de efectos jurídicos generales.

"En el caso concreto de la acción electoral, las personas que no participaron en la disputa del favor popular no pueden agotar una vía gubernativa a la cual legalmente no tienen acceso y si lo tuvieran sería materialmente imposible esa actuación colectiva. Y no se podría establecer que sólo quienes pretendieran actuar por la vía jurisdiccional estarían obligados a intervenir ante los órganos y funcionarios del ramo electoral, pues sólo expedido el acto de declaración de elección es posible que aparezca el interés público de demandar para conseguir el restablecimiento de la legalidad quebrantada. Y en cuanto hace relación a los candidatos, no pueden menos que ejercer la acción pública electoral en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos, para la plena efectividad de los fines de interés general que encarnan en ella, que si a los primeros guían propósitos individuales, las miras de la ley son superiores: La defensa del orden jurídico electoral, que es un orden de naturaleza objetiva".

(Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre 1987, Volumen II, Tomo CXII).

La tesis anterior planteada por la antigua Sala Electoral ha sido acogida por la actual Sección Quinta del Consejo de Estado y es aplicable al caso de autos.

Debe precisarse, igualmente, que el acto administrativo demandado no tiene el carácter de complejo, como lo sugiere la parte impugnante, sino de acto simple y completo, por lo que debe acudirse directamente a la vía jurisdiccional para efectos de su discusión.

Por ello, el acto acusado dictado con anterioridad al 18 de mayo de 1993, fecha en la cual se elevó la solicitud que dio origen a la resolución, cuya acusación se echa de menos, podía ser demandado, como en efecto lo fue, pues no era del caso demandar la Resolución expedida por la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, conforme a lo explicado.

Por este aspecto, se concluye, es procedente analizar el fondo del negocio.

Petición de modo indebido. La Sala debe precisar que el objetivo de un contencioso objetivo de anulación, en el presente caso de carácter electoral, es el restablecimiento del orden jurídico y no del particular.

En consecuencia, la acción puede ser instaurada por cualquier persona sin que incida en la decisión la condición, facultades o cumplimiento de requisitos especiales de quien demanda y menos si está en capacidad o no de ocupar el cargo cuya provisión se cuestiona por la vía indicada.

No es del caso, por lo tanto, considerar si el demandante tenía o no calidades para el desempeño del cargo para efectos de fallar el negocio.

Falta de competencia de la Sección para conocer del asunto. La Sala debe hacer las siguientes precisiones:

Es necesario aclarar que para el cumplimiento de lo ordenado mediante sentencia judicial se dictó un acto administrativo, susceptible de control jurisdiccional por cuanto no aparece exceptuado del mismo.

Ahora bien, el Art. 128-16 del C.C.A., tal como fue subrogado por el Art. 2o. del Decreto 597 de 1988, establece que esta Corporación, en Sala de lo Contencioso Administrativo conoce privativamente y en única instancia.

> *"16. de todos los demás, de carácter administrativo, para los cuales no exista regla especial de competencia."*

La Sala debe precisar que la norma transcrita es desarrollo del principio general consistente en que el Consejo de Estado es el Juez común de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por su parte el Art. 231 del C.C.A., subrogado por el Art. 6o. de la Ley 14 de 1988, establece que el Consejo de Estado tramitará los procesos electorales de su competencia a través de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

En este punto, es necesario precisar también que, contrario a lo expuesto por la parte impugnante, el acto acusado proviene de una desición electoral; fue la propia Constitución la que eliminó en su momento, la institución de los suplentes en las corporaciones públicas y estableció el escogimiento de los reemplazos en las condiciones señaladas en las misma Carta. De lo anterior se deduce claramente el caráter electoral del acto acusado.

Ahora bien, si el acto acusado tiene carácter electoral, el proceso a que puede dar origen debe tener igual carácter.

De lo anterior se desprende claramente que la controversia originada en actos administrativos como el demandado en el presente proceso, deben ser conocidos en

única instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación y, que, por su contenido electoral, deben ser decididos por intermedio de la Sección Quinta, sin la más mínima duda.

En consecuencia por este aspecto, procede el análisis del fondo del asunto.

Inobservancia del debido proceso y de las formas propias del juicio. La Sala se pronunció al momento de la admisión de la demanda sobre los aspectos que en esta oportunidad se alegan, por lo que se remite a la providencia en cuestión, cuyo análisis sobre el aspecto alegado fue acogido también en sentencia del dictada por esta Sección en el Expediente No. 992, Actor: Aroldo Eliécer Guardiola Ibarra.

Basta decir, por lo tanto, que en el presente caso el acto demandado es el de llamamiento del candidato, que aparece comprobado mediante el acta que registra la posesión correspondiente.

No encontrando la Sala motivo para dejar de analizar el negocio en su fondo a ello procede.

FONDO DEL NEGOCIO

El primero de los cargos invoca la violación del art. 179-1 de la C.N. por cuanto quien fue llamado y se posesionó para reemplazar la falta absoluta del Dr. Namen Rapalino estaba inhabilitado por haber sido condenado por el delito de abuso de confianza.

Al respecto, observa la Sala:

El Art. 179 de la C.N. establece.

"No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributo o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consaguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

6. Quienes estén vinculados entres sí por matrimonio, o en unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consaguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

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. Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones. Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5."

Tal como tiene establecido la Corporación el numeral en estudio se refiere a quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo siendo esta disposición más estricta que las que hasta antes de la vigencia de la Constitución de 1991, regulaban la inhabilidad en estudio.

De manera general, los elementos que contempla la disposición transcrita, son:

- Que el elegido haya sido condenado. Es decir, en concepto de la Sala, debe existir una sentencia condenatoria de carácter definitivo, debidamente ejecutoriada.

- Que la condena se haya producido en cualquier época. A diferencia de las normas que se dictaron con anterioridad en la Constitución vigente a partir de 1991, se pretende por el Constituyente que no importa con cuanta anterioridad se haya producido la condena sin que frente al texto haya posibilidad alguna de restringir la interpretación en forma alguna.

- Que la condena sea a pena privativa de la libertad con la sóla excepción de que haya sido por delitos políticos o culposos.

Aspectos tales como la invocación del Art. 181 de la C.N. para afirmar que sólo a partir de la posesión puede hablarse de inhabilidades e incompatibilidades o que la condena tiene que haberse dictado con posterioridad a la vigencia de la nueva

Constitución promulgada en 1991 no tiene ningún asidero al analizar el numeral en cuestión.

En relación con el primero de los aspectos mencionados, porque la fecha de la posesión no tiene relación con la inhabilidad en estudio que, como ya se dijo, cubre las condenas proferidas en cualquier tiempo.

En cuanto al segundo aspecto, se observa que no se trata de una ley procedimental penal o de carácter penal sancionatorio, sino del establecimiento de una inhabilidad, situación eminentemente electoral, cuya aplicación está prevista en su texto y su redacción cubre a quienes fueron condenados antes de la expedición de la Carta.

Ahora bien, se alega por la parte impugnante que no es del caso dar aplicación a la disposición antes mencionada porque, afirma, ya esta Sección en sentencia del 21 de mayo de 1992, afirmó que en lo tocante a la elección de 1992, las únicas inhabilidades para ser congresista eran las especificadas en el Art. 2o. transitorio de la C.N:, por lo que no es aplicable el Art.179 de la misma.

Al respecto, la Sala se permite recordar que en la sentencia a que alude la parte impugnante, como se desprende de su texto:

a) La parte actora citó como violado el **numeral 2o. del Art. 179 de la C.N.** por considerar que quien resultó elegido venía ocupando el cargo de Comisario Especial del Guaviare.

La parte impugnadora, por su parte, alegó que al pertenecer el funcionario a la rama ejecutiva, le era aplicable el Art. transitorio 2o. de la C.N.

b) Así establecido el marco de litis, el análisis de la Sala se redujo a interpretar las normas invocadas: De una parte, el Art.170 de la Carta, únicamente en cuanto al numeral segundo, sin referirse al resto de la disposición por no ser pertinente y, de otra, el Art. 2o. transitorio, *ibídem*, para concluir que en ese caso particular conforme a los elementos de juicio recogidos, primaba el último de los citados sobre el numeral segundo del Art. 179.

c) Que en las condiciones anteriores no puede hacerse una aplicación de la sentencia citada al caso presente porque el numeral que aquí se invoca es el 1o. del Art. 179 de la C.N. y por lo mismo los presupuestos de hecho y de derechos con distintos a los analizados en en el caso que se invoca.

Precisado lo anterior, es procedente analizar las pruebas allegadas:

De los documentos obrantes en el informativo, se deduce que el señor Emiro Raúl Pérez Ariza identificado con C.C. 19.326.715 de Bogotá, fue condenado en segunda instancia mediante sentencia del 23 de febrero de 1988, del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar - que conoció en apelación- como autor responsable del delito de abuso de confianza a veinte (20) meses de prisión y a multa de $15.000. Se le

impusieron como penas accesorias la interdicción de derechos y funciones públicas por veinte (20) meses. Se le concedió el beneficio de condena de ejecución condicional, previa caución de $30.000. (fl. 261 y ss).

La Sentencia de segunda instancia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito a que se hizo alusión, fue notificada mediante edicto y quedó ejecutoriada el viernes 4 de marzo de 1988 a las 6:00 p.m. según constancia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar (fls. 271 y 272).

La identidad del señor Emiro Raúl Pérez Ariza como la persona sobreseída en primera instancia y condenada en segunda aparece perfectamente establecida (flos. 271, 291 a 296, 307 a 311 y 317).

La Sala debe anotar que la parte impugnante rechaza como prueba los documentos obrantes a folios 32 y 84 - que podrían analizarse a la luz de lo previsto por el Art. 25 del Decreto 2561 de 1991 - pero y aún sin tener en cuenta tales documentos, dentro del debate probatorio se allegan los documentos que dan a la Sala total certeza sobre la existencia de una condena en firme contra el señor Pérez Ariza a pena privativa de la libertad sin que tales documentos se discutan por la parte impugnadora, por lo que sin comentarios adicionales, debe concluirse, necesariamente, que el hecho alegado por la parte actora se encuentra debidamente comprobado y, en consecuencia, por este aspecto procede la anulación del acto acusado.

Debe precisarse que los documentos provenientes de entidades como la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante los cuales se demuestra la vigencia de la cédula de ciudadanía perteneciente al señor Emiro Raúl Pérez Ariza, y la falta de anotaciones sobre interdicción de derechos, así como los documentos provenientes de otros organismos que no están informados acerca de la existencia de la sentencia condenatoria en comento de antecedentes, sólo demuestra que no se remitió copia de la sentencia a determinados organismos o que los archivos no los tienen registrados. Al respecto debe precisarse que el incumplimiento de trámites administrativos o la revisión parcial de los registros que a veces permite la ley no le resta idoneidad ni eficacia a la prueba del hecho alegado.

El segundo cargo que se plantea en la demanda es la violación de las normas constitucionales y legales por haber sido llamado el tercero y no el segundo de la lista.

Dicen las disposiciones invocadas por la parte actora:

Art. 134 de la C.N.

Art. 261 de la C.N.

Arts. 274 y 278 de la ley 5a. de 1992.

De acuerdo con las normas transitorias, los cargos de elección popular en las corporaciones públicas, en el caso concreto el de Representante a la Cámara, no tienen suplentes.

Genera vacancia por faltas absolutas, conforme lo prevé la ley 5a., entre otras, la declaratoria de nulidad de la elección correspondiente.

Luego de un cuidadoso análisis de las disposiciones constitucionales y legales transitorias como de las que señala el procedimiento especial correspondiente, la Sala deduce que las disposiciones no operan *ipso jure,* y no tuvieron tal operancia en el caso de autos, como se deduce de las pruebas allegadas durante el juicio, sino que dan lugar a un acto de llamamiento, en este caso tácito a la persona indicada para suplir la falta en cuestión.

El llamado y posesionado para cubrir la falta absoluta de quien fue elegido, pero anulada su elección debía ser, conforme a las normas, quien le seguía en el segundo y no en el tercer lugar de la lista de inscripción de candidaturas para la elección respectiva.

Del análisis de las pruebas presentadas la Sala deduce lo siguiente:

El Señor Pérez Ariza ocupaba el tercer lugar en la lista de inscripción encabezada por Felipe de Jesús Namen Rapalino, para las elecciones del 27 de octubre de 1992, (fls. 30 y 31).

La lista inicialmente inscrita como se dejó señalado, no fue modificada (fl. 29).

Mediante Acuerdo No. 13 del 23 de noviembre de 1991, fue declarada la elección, entre otro, del señor Felipe de Jesús Namen Rapalino, como Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Cesar, por parte del Consejo Nacional Electoral (Fls. 1 y ss).

La elección del señor Felipe de Jesús Namen Rapalino fue anulada mediante sentencia del 19 de enero de 1993 de esta Sección (fls. 134 y ss).

En acta del 13 de mayo de 1993 se consigna la posesión como Representante a la Cámara del señor Pérez Ariza quien ocupó el tercer lugar en la lista mencionada según se desprende de los anteriores documentos (Fl. 45).

En tales condiciones es claro que las disposiciones invocadas por la demanda fueron infringidas por el acto acusado, que por este aspecto debe ser anulado puesto que el llamado y posesionado fue el tercero y no el segundo de la lista.

La consideración de que quien debió ser llamado y posesionado estaba inhabilitado para ocupar el cargo es aspecto que debía ser alegado y definido por la Jurisdicción y no es objeto del presente proceso.

Como consecuencia, la Sala considera que por este aspecto también procede la anulación del acto acusado.

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

Anular el acto tácito de llamamiento del señor Emiro Raúl Pérez Ariza para ocupar el cargo de Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Cesar.

Háganse las comunicaciones de ley,

COPIESE, NITIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la sentencia de 19 de mayo de 1987, Exp. 013, Actor: Fabio Fernández Marín, Ponente: Dr. JOAQUIN VANIN TELLO.

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE ACTORES

PRIMER TRIMESTRE DE 1994

(Segunda Parte)

	Página
ALBERTO ROJAS RIOS	503
ALVARO TAFUR GALVIS Y JORGE FERNANDEZ SANTAMARIA	318,344
AMPARO FONTAL DE GARCIA Y OTROS	55
ANTONIO GUTIERREZ JIMENEZ Y ALBERTO MUNERA CABAS	284
AUGUSTO JOSUE BEDOYA Y OTROS	149
AUTOMERCANTIL LTDA.	521
BANCO DE CREDITO Y COMERCIO DE COLOMBIA	303
BANCO DE LA REPUBLICA	231
BANCO SANTANDER S.A.	435
BAVARIA S.A.	423
BESMIT LTDA.	448
BLAS EMIRO GARCIA ROJAS	634
CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO	474
CARLOS ALFREDO RAMIREZ GUERRERO	247
CARLOS ARTURO ROJAS	515
CARLOS JULIO ZERDA BAUTISTA	79
CIBEL ANTONIO CARMONA SOSA	103
COMPAÑIA MAYACA EXPRESS S. DE R. L.	19,31
CONSTRUCCIONES CIVILES S.A.	406
CROWN LITOMETAL S.A.	350
DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES	584
FABRICA DE DISCOS FUENTES LTDA.	199

	Página
FONDO ACUMULATIVO DE LA UNIVERSIDAD DEL VALLE	412
FRANCISCO ANTONIO IREGUI	11
FULGENCIO TRIANA GIRALDO	566
GRANIPLAST LIMITADA	297
HECTOR R. RODRIGUEZ PIZARRO	132
HECTOR RAUL CORCHUELO NAVARRETE	402
HUGO HERNAN LUCENA CARDOZO	310
INSTITUTO METROPOLITANO DE VALORIZACION DE MEDELLIN	536
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO	602
INSTITUTO DE VALORIZACION MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO	608
INVERSIONES VENECIA S.A.	360, 375
JAIME ALONSO CANO MARTINEZ	541
JOSE IGNACIO MOGOLLON Y CIA. LTDA.	270
JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA	641
JOSEF OTTO EICHMANN-PANALPINA	576
JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA	196, 380, 383, 431
LA NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y HACIENDA Y CREDITO PUBLICO	76
LUCY CRUZ DE QUIÑONES	393, 460, 464, 467
LUIS ALFONSO CARREÑO BEDOYA	552
LUIS RAMON DUSSAN C.	598
MACLOVIO RIASCOS TORRES Y OTROS	65
MARCO ALONSO FIESCO MEDINA	628
MARIA TEOFILDE HERNANDEZ DE ARDILA	161
MAURICIO ARANGO RESTREPO	259
MERCEDES VALDERRAMA DE BENAVIDES	486
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE	624
MUNICIPIO DE BUENOS AIRES (CAUCA)	580
OLGA LUZ GUTIERREZ OCAMPO Y OTRA	177
OTONIEL PARRA TRUJILLO	531
PRODUCTOS INDUSTRIALES MINEROS S.A. "PRIMA"	418
RAMON JIMENO DITTA Y OTROS	45
ROBINSON RICARDO RADA GONZALEZ	275, 427

	Página
SADE SURAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A.	207
SICIM S. P. A. SUC. COLOMBIA	385
SIMEX NICOCIA LTDA. Y CIA. S. EN C.	470
SOLVEING MARIANNE JOHANESSON DE TERRIEN	251
SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO Y CIA. S.A.	187
SUPERCAR LTDA.	288
SUPERINTENDENCIA BANCARIA	557, 560, 590, 593, 620
SUPERINTENDENCIA DE CAMBIOS	612
TEOFISTO LAUREANO ROSERO Y OTROS	143
VIDAL & COTES ARQUITECTOS INGENIEROS LTDA.	496

CONSEJO DE ESTADO

INDICE TEMATICO

PRIMER TRIMESTRE DE 1994

(Segunda Parte)

SECCION TERCERA

Página

A

ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Independencia 147

ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Partes 148

ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Régimen Probatorio 148

ACCION CONTRACTUAL 129

ACCION DE DOMINIO-Inexistencia 64

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Aclaración de Voto) 129

ACCION DE REPARACION DIRECTA 10

ACCIONES CONTRACTUALES 114

ACCION ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD 9

ACCION INDEMNIZATORIA 10

ACCION INDEMNIZATORIA POR TRABAJOS PUBLICOS-Oportunidad 9

ACCION INDEMNIZATORIA-Término 9

ACCION PENAL 147

ACCION PENAL-Partes 148

ACTO ILICITO-Víctima 64

	Página
ACTOS CONTRACTUALES	114
ACTOS SEPARABLES	114
ACTOS SEPARABLES-Régimen Aplicable	129
ACTUACION PENAL	148
AGENTE-Antecedentes de Violencia	147
AGENTE ESTATAL-Juzgamiento	148
ARMADA NACIONAL-Depósito	30
B	
BIEN MUEBLE	19
C	
CADUCIDAD-Término	10
CAPITANIA DE PUERTO-Matrícula	19
COMPETENCIA	10
	142
COMUNERO	45
COMUNIDAD	45
CONCEPTO DE LA VIOLACION	131
CONCILIACION LESIVA	54
CONCILIACION PARCIAL-Improcedencia	55
CONCILIACION POR PERJUICIOS MATERIALES-Presupuestos	54
CONTROL JURISDICCIONAL	114
CONTROVERSIAS JUDICIALES	142
CULPA DEL AGENTE	147
CULPA DE LA VICTIMA	65
CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA-Exceso de Velocidad	102
CULPA *IN ELIGENDO*	147
CUSIANA	65
D	
DAÑO A BIEN E INMUEBLE	9
DAÑO ANTIJURIDICO	30
DECOMISO	30
DERECHO A LA VIDA	147
	161

	Página
DERECHO A LA VIDA-Delincuente	64
DERECHO DE PROPIEDAD	19
DERECHO DE PROPIEDAD-Modo	19
DERECHO DE PROPIEDAD-Título	19
DERECHO REAL	19
DERECHO REAL-Constitución	19
DERECHOS ADQUIRIDOS	78
DERECHOS DEL NIÑO	161
DOCUMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO	18
E	
ECOPETROL	142
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	142
ESCRITURA PUBLICA-Requisito	19
EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD-Causales	102
EXPLOTACION DE MINAS	131
EXTINCION DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES SOBRE MINAS	131
F	
FALLA DEL SERVICIO	147
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL	64 65 147
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL-Arma Oficial	147
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA-Gamines	161
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AEREO	176
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION	176
FALTA DE JURISDICCION	142
FUERO DE ATRACCION-Inexistencia	142
FUERZA MAYOR-Improcedencia	176
FUERZA MAYOR-Inexistencia (Salvamento de Voto)	30
H	
HIDROCARBUROS	75 78

	Página
I	
INCENDIO	30
INDEMNIZACION-Disminución	149
INMUEBLE	9
J	
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	9
JURISDICCION ORDINARIA	9
	142
L	
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA	45
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA-Inexistencia	18
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA	18
LICENCIA DE EXPLOTACION DE MINAS	131
LEY EXTRANJERA-Demostración	18
M	
MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS JUDICIALES-Improcedencia	75
MINAS	131
MINAS-Régimen Aplicable	78
N	
NAUFRAGIO VOLUNTARIO	30
NAVE	30
NAVE MAYOR-Inscripción	19
NORMAS PENALES-Aplicación	148
NULIDAD PROCESAL-Causales	142
O	
OBLIGACION-Fuente	19
OBRA PUBLICA	9
	10
OCUPACION DE INMUEBLES POR TRABAJOS PUBLICOS	10

	Página
OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLE	9
OCUPACION TRANSITORIA DE INMUEBLE	9

P

PERJUICIO INSTANTANEO	10
PERJUICIO PROLONGADO	10
PERJUICIOS	9
PERJUICIOS MATERIALES	54
PERJUICIOS MORALES A LESIONADOS	161
PERJUICIOS MORALES A MENORES	161
PODER	18
POTESTAD REGLAMENTARIA	131
POTESTAD REGLAMENTARIA-Ejercicio	131
PREJUDICIALIDAD FORZOSA-Inexistencia	147
PREJUDICIALIDAD-Inexistencia	148
PROCESO DISCIPLINARIO	147
PROCESO PENAL	30
PROPIEDAD-Declaración	75
PROPIEDAD DEL ESTADO	131

R

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	147
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA-Diferencias	148
RESPONSABILIDAD ESTATAL-Autoridad Naval	30
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO-Inexistencia	102 142
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO-Régimen Aplicable	176
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL-Normatividad	148
RESPONSABILIDAD PENAL	148
RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO	147

S

SEMOVIENTE	102

	Página
SENTENCIA DENEGATORIA	18
SENTENCIA PENAL	147
SENTENCIA PENAL-Absolutoria	148
SOCIEDAD EXTRANJERA-Existencia y Representación	18
SUBSUELO PETROLIFERO	78
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia	114

T

TELEFONIA MOVIL CELULAR-Régimen Aplicable	114
TITULO MINERO-Intransmisibilidad	131
TRABAJOS PUBLICOS	9
TRADICION	19

V

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION	131

Y

YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS	75
YACIMIENTOS PETROLIFEROS-Descubrimiento	78

SECCION CUARTA

A

ACCION DE NULIDAD	380 383
ACCION DE NULIDAD-Objeto	427
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Salvamento de Voto)	383
ACCIONES-Adquisición	447
ACTIVIDAD CERVECERA	423
ACTIVIDAD COMERCIAL	206 447
ACTIVIDAD DE CONSTRUCCION	258
ACTIVIDAD DE SERVICIOS	206
ACTIVIDAD INDUSTRIAL	199 392

	Página
ACTIVO NO MONETARIO	196
ACTIVOS NO MONETARIOS	431
ACTO ADMINISTRATIVO-Corrección	287
ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia	460
ACTO ADMINISTRATIVO-Saneamiento (Salvamento de Voto)	375
ACTO DE COMERCIO	446
	447
ACTO DEFINITIVO-Inexistencia	486
ACTO DE TRAMITE	486
ADICION DE SENTENCIA-Improcedencia	427
AGENCIA COMERCIAL	287
AJUSTE POR INFLACION	196
	431
AJUSTES POR INFLACION	247
	284
	380
	402
AMNISTIA ADUANERA	274
APORTES AL SENA	405
APORTES AL SENA-Responsabilidad	405
APORTES-Distribución	251
APORTES FISCALES	405
ASOCIADO	446
AUTORIDAD ADMINISTRATIVA-Extralimitación	343

B

BANCO DE LA REPUBLICA	213
	434
BANCOS-Facultades	303
BASE GRAVABLE	259
	349
	392
	520
BASE GRAVABLE-Disminución	206
BIEN EXENTO-Chocolate	187

	Página
BIEN NACIONAL	230
BILLETE-Convertibilidad	213
BILLETE-Naturaleza	213

C

CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO-Naturaleza Jurídica	473
CAJA DE PREVISION	514
CAPACIDAD	447
CERT-Requisitos	230
COBRO COACTIVO	417
COMERCIANTE	447
COMISIONISTA DE BOLSA	316
COMPARACION PATRIMONIAL	251
COMPARACION PATRIMONIAL-Ajuste	297
COMPENSACION-Improcedencia	434
COMPETENCIA FUNCIONAL	502
COMPONENTE INFLACIONARIO	349
CONCEPTO DE LA DIAN-Aplicación	495
CONCESIONARIO DE AUTOMOTORES	520
CONTRABANDO	274
CONTRATISTA INDEPENDIENTE	405
CONTRATO DE ADMINISTRACION DELEGADA	405
CONTRATO DE CONSTRUCCION	259
CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS	230
CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS	258
CONTRATO DE VENTA	258
CONTRIBUCION	514
CONTRIBUCION DE VALORIZACION	502
CONTROL DE CAMBIOS	303
CONVALIDACION DE ACTO ADMINISTRATIVO	359 375
CORRECCION DE SANCIONES	412
COSTOS-Disminución	349

Página

COSTOS FINANCIEROS 349
CUENTA TRANSITORIA 187

D

DECAIMIENTO DEL ACTO 392
DECLARACION DE INDUSTRIA Y COMERCIO 199
DECLARACION DE INGRESOS Y PATRIMONIO 412
DECLARANTE 274
DECRETACION DE LA OBRA 502
DECRETO CON FUERZA DE LEY 467
DECRETO LEGISLATIVO 460
DEDUCCION-Requisitos 310
DEDUCCION TEORICA 431
DEDUCCION TEORICA-Cálculo 196
DEPOSITO EN GARANTIA-Improcedencia 434
DERECHO DE ASOCIACION 316
DEROGATORIA DEL ACTO 380
DESVALORIZACION NOMINAL 251
DIRECCION PARA NOTIFICACIONES 417
DIVIDENDO 447
DIVISAS-Reintegro 434
DOCUMENTO-Eficacia 199

E

ENTIDAD PUBLICA 473
ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO 412
ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL 464
(Salvamento de Voto) 467
ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL-Naturaleza 460
EXENCION 473
EXENCION DE IMPUESTOS 473
EXPENSA NECESARIA 310

F

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL 514

	Página
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	502
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL-Restricción	503
FONDO DE GARANTIAS	316
FONDO ROTATORIO DE VALORIZACION	503

G

GASTOS-Disminución	349
GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA-Improcedencia	470

H

HECHO GENERADOR	258
HECHO IMPONIBLE	423
HECHO PUNIBLE-Inexistencia	274

I

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS	423
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	470
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Cali	199
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Sibaté	392
IMPUESTO DE PREVISION SOCIAL-Naturaleza	514
IMPUESTO DESCONTABLE	187
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO	520
IMPUESTO PREDIAL	473
IMPUESTO SOBRE LA RENTA-Determinación	402
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS	258
	259
INDUSTRIA CERVECERA	423
INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION	405
INFRACCION ADMINISTRATIVA	274
INGRESO BRUTO	520
INGRESOS-Contabilización	349
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA	514

J

JUNTA MONETARIA	434

Página

L

LEY DE INTERVENCION 343
LIQUIDACION DE AFORO 447
LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA 270
495
LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA-Objeto 495
LIQUIDACION DE REVISION 270

M

MANDAMIENTO DE PAGO 417
MERCADO PUBLICO DE VALORES 316

N

NOTIFICACIONES-Efectos 417
NULIDAD DEL ACTO 359

O

OBJETO SOCIAL 446
OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA-Improcedencia 434
OPERACION BURSATIL 447

P

PAGARE EN MONEDA EXTRANJERA 303
PAGO EN EXCESO-Devolución 385
PAPEL MONEDA 213
PARTICIPACION 447
PERDIDA OPERACIONAL 297
PERDIDAS-Distribución 251
PERSONA JURIDICA 447
PERSONA NATURAL 447
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades 274
PRINCIPIO DE CONTRADICCION 417
PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD 359

	Página
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	417
PROVEEDOR NACIONAL	230
R	
RECURSO GUBERNATIVO	359
REGIMEN ADUANERO	274
RENDIMIENTOS FINANCIEROS	349
RENTA DE TRABAJO	310
RENTA PRESUNTIVA-Reducción	287
REQUERIMIENTO ESPECIAL-Ampliación	287
REQUERIMIENTO ESPECIAL-Corrección	287
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	297
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO	359
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Aplicación	359
S	
SALARIO	405
SANCION POR EXTEMPORANEIDAD	412
SANEAMIENTO ADUANERO	274
SENTENCIA CONDENATORIA	470
SENTENCIA DECLARATIVA	385
	470
SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos	206
	392
SENTENCIA INHIBITORIA	486
SERVICIO GRAVADO	258
SITUACION NO CONSOLIDADA	206
SOLIDARIDAD	316
SOCIEDAD CIVIL	446
SOCIEDAD COMISIONISTA DE BOLSA-Obligaciones (Salvamento de Voto)	343
SOCIEDAD MERCANTIL	446
SUJETO PASIVO	423
SUSPENSION PROVISIONAL	402
	431
	467

	Página
SUSPENSION PROVISIONAL-Aplicación	464
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia	247
	284
	380
	460
SUSTRACCION DE MATERIA	383

T

TASA	514
TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO	206
TITULO VALOR-Inexistencia	213
TRANSITO LEGISLATIVO	274

V

VENTA-Actos Similares	258

SECCION QUINTA

A

ACCION DE TUTELA	576
ACCION ELECTORAL	597
ACCION ELECTORAL-Régimen Aplicable	539
ACTO ADMISORIO DE DEMANDA	539
ACTO COMPLEJO	597
ACTO COMPLEJO-Inexistencia	640
ACTO DE CONFIRMACION	597
ACTO DE NOMBRAMIENTO	597
ACTO SIMPLE Y COMPLEJO	640
AFIRMACION INDEFINIDA	627
ALCALDE-Elección	565
ALCALDE ENCARGADO	565
ALCALDE ENCARGADO-Nombramiento	540
ALCALDE-Inhabilidades	531
	564
	565

	Página
ALCALDE-Régimen Aplicable	565
AUTORIDAD CIVIL	564
AUTORIDAD POLITICA	564
B	
BIEN DE USO PUBLICO	601
C	
CADUCIDAD	597
CARGA DE LA PRUEBA	627
CARGA DE LA PRUEBA-Inversión	633
CAUCION-Monto	560
CAUCION-Objeto	560 593
CESION DE INMUEBLES	601
COMPETENCIA	589 619
CONFIRMACION	597
CONGRESISTA	640
CONGRESISTA-Inhabilidades	640
CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA	597
CONTRIBUCION DE VALORIZACION	601
D	
DEMANDA	608
DEMANDA DE JURISDICCION COACTIVA-Requisitos	623
DEMANDA ELECTORAL	640
DEMANDA ELECTORAL-Interpretación	597
E	
EDIS	601
EMPLEADO OFICIAL	531 565
ENTIDAD PUBLICA-Representante Legal	539
EXCEPCION DE FALTA DE *LITIS CONSORCIO* NECESARIO-Improcedencia	583

	Página
EXCEPCION DE INEPTITUD DE LA DEMANDA- Improcedencia	608 623
EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION- Improcedencia	583
EXCEPCION DE NULIDAD	601
EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE	557
EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-Improcedencia	589 619
EXCEPCION DE PRESCRIPCION-Término	612
EXCEPCIONES	583
EXCEPCIONES-Diferencias	579
EXCEPCIONES PREVIAS-Improcedencia	539
EXENCION	601
F	
FUNCIONARIO DE HECHO	531
G	
GOBERNADOR-Facultades	540
H	
HERMENEUTICA JURIDICA	531
I	
INSUBSISTENCIA DE LA LEY-Inexistencia	565
INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO	539
J	
JUEZ DEL CONOCIMIENTO	589 619
JURISDICCION	564
JURISDICCION COACTIVA	564 601 608 612 623

	Página
JURISDICCION COACTIVA-Objeto	623
JURISDICCION COACTIVA-Régimen Aplicable	589
	619
JURISDICCION ROGADA	597

M

MAGISTRADO	597
MANDAMIENTO DE PAGO	557
	619
	623
MANDAMIENTO DE PAGO-Ejecutoriedad	560
MANDAMIENTO EJECUTIVO	579
MEDIDAS CAUTELARES-Levantamiento	593
MUNICIPIO-Creación	540
MUNICIPIO DE SANTIAGO-Inexistencia	540
MUNICIPIO-Inexistencia	540

N

NEGACION INDEFINIDA	551
	633
NOMBRAMIENTO	597
NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD-Requisitos	633
NORMA ESPECIAL	539
NOTIFICACION	601
NOTIFICACION-Improcedencia	539
NOTIFICACION POR EDICTO	539
NULIDAD ELECTORAL	540
	551
	564
	565
	627
NULIDAD ELECTORAL-Efectos	640

P

PERSONERO MUNICIPAL-Requisitos	551
	627
	633

	Página
POLIZA JUDICIAL-Improcedencia	593
PRINCIPIO DE PREJUDICIALIDAD-Declaración	589
	619
PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA	583
PROCESO ELECTORAL	539
	540
PROYECTO DE ORDENANZA-Sanción	540
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA-Improcedencia	540
R	
RECURSO DE APELACION-Improcedencia	535
RECURSO DE APELACION-Término	579
RECURSO DE SUPLICA-Improcedencia	576
REGISTRO-Inexistencia	601
S	
SANCION PENAL	640
SECUESTRE-Entrega del Bien	535
SUPLENTE-Inexistencia	640
SUSPENSION PROVISIONAL	531
T	
TITULO EJECUTIVO	583
	589
	593
TITULO EJECUTIVO-Requisitos	608
V	
VACANCIA ABSOLUTA	640
VIA GUBERNATIVA	583
	601
VIA GUBERNATIVA-Improcedencia	640

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE NORMAS DEMANDADAS, SUSPENDIDAS Y ANULADAS

PRIMER TRIMESTRE DE 1994

ACUERDOS DISTRITALES

ACUERDO 3 DEL 6 DE MAYO DE 1993, expedido por el Concejo de Santafé de Bogotá, Distrito Capital, por el cual se prohíbe en el Distrito Capital la captación o alumbramiento de aguas subterráneas, por encima de la formación Guadalupe y se Reglamenta su explotación dentro de la misma.

Providencia : Auto de 25 de marzo de 1994
Expediente : 2813
Actor : CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LAS CUENCAS DE LOS RIOS BOGOTA, UBATE Y SUAREZ -CAR-.
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Suspendido.

ACUERDO 21 ARTICULO 22 DE 1983, ACUERDO 15 ARTICULO 4o. DE 1987 Y ACUERDO 18 ARTICULO 37 DE 1987, expedidos por el Concejo Distrital de Bogotá, por los cuales se gravan las ventas de cigarrillos nacionales y extranjeros.

Providencia : Sentencia de 17 de febrero de 1994
Expediente : 4462
Actor : PABLO J. CACERES CORRALES
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Anulados.

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDO 1o. PARAGRAFO 1o. DEL ARTICULO 20 DE 1994, expedido por el Concejo Municipal de Sibaté, por el cual se reglamenta el Impuesto de Industria y Comercio de avisos y tableros en esa localidad.

Providencia : Sentencia de 24 de febrero de 1994
Expediente : 4638
Actor : LUCY CRUZ DE QUIÑONES
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Anulado.

ACUERDO 003 ARTICULOS 4o. LITERALES e), f) y ll); 5o. LITERAL d); 10 Y 12 DEL 18 DE JULIO DE 1978, expedido por el Concejo Municipal de Pereira, por el cual se erije en establecimiento público al Fondo Rotatorio de Valorización, señalando para tal fin lo atinente a su constitución, objetivos, dirección; las funciones específicas de la Junta Directiva, del Director, su patrimonio, el control fiscal, transferencia de bienes, dirección transitoria y la aplicación y vigencia del mismo.
DECLARA LA NULIDAD DE LOS ARTICULOS 4o. LITERAL ll) Y 10 DEL ACUERDO DEMANDADO.
Providencia : Sentencia de 17 de marzo de 1994
Expediente : 4326
Actor : ALBERTO ROJAS RIOS
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

ACUERDO 09 DEL 8 DE MARZO DE 1949, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué, por medio del cual se cede un lote a la Parroquia del barrio del Carmen de esta ciudad con destino a la construcción de una capilla, y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Auto de 17 de marzo de 1994
Expediente : 2812
Actor : HERNANDO PINEDA PAREDES
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ACUERDO 009 ARTICULOS 18 Y SU PARAGRAFO, 19 Y 28 PARAGRAFOS 1 Y 2 DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988, del Concejo Municipal de Magangué.
Providencia : Auto de 11 de febrero de 1994
Expediente : 5338
Actor : MARCELA ROMERO DE SILVA
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigentes.

ACUERDO 12 DEL 17 DE ABRIL DE 1991, expedido por el Concejo Municipal de Medellín, por medio del cual se promueve el mejoramiento del espacio público y el fomento del patrimonio cultural y artístico de la ciudad.
Providencia : Sentencia de 21 de enero de 1994

Expediente : 2647
Actor : HANS WAGNER JARAMILLO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Anulado.

ACUERDO 012 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedido por el Concejo Municipal de Riosucio -Caldas-, por medio del cual se derogan los Acuerdos 003 y 004 de 26 de agosto de 1988, expedidos por la misma Entidad, en los que se crean unos corregimientos y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Auto de 11 de marzo de 1994
Expediente : 2808
Actor : IVAN DE JESUS LARGO TABA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDO 015 DEL 30 DE JUNIO DE 1993, emanado del Concejo Municipal de Tunja, por el cual se autoriza al señor Alcalde Mayor de Tunja para contratar unos empréstitos y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Auto de 24 de marzo de 1994
Expediente : 2832
Actor : JORGE HERNANDO RODRIGUEZ LOZANO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ACUERDOS 16 DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1992, por medio del cual se modifica el artículo 2o. del Acuerdo Municipal 034 de 30 de noviembre de 1991, y **18 DEL 5 DE DICIEMBRE DE 1992,** por el cual se expide el Presupuesto General de Rentas y Gastos de dicho municipio para la vigencia de 1993, expedidos por el Concejo Municipal de Sincelejo.
Providencia : Sentencia de 18 de febrero de 1994
Expediente : 2694
Actor : EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

ACUERDO 0023 ARTICULOS 1o. A 5o., 7o., 13o. Y 14o. DEL 6 DE JUNIO DE 1991, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla, por el cual se autoriza al Municipio de Barranquilla para participar en la creación de una sociedad de economía mixta del orden municipal, encargada de la prestación de servicios públicos y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Auto de 18 de febrero de 1994

Expediente : 2760
Actor : SINDICATO DE TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE MEDELLIN
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ACUERDO 051 ARTICULO 415 DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1990, expedido por el Concejo Municipal de Floridablanca y el **ACUERDO 35 ARTICULO 4o. DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 1991,** expedido por la misma Entidad, el primero de los cuales contiene el Código de Rentas del Municipio y el segundo modifica algunos artículos del mismo.

Providencia : Sentencia de 21 de enero de 1994
Expediente : 5010
Actor : RICARDO AUGUSTO RAMIREZ OSPINA
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Anulados.

ACUERDO 143 ARTICULO 3o. DEL 10 DE DICIEMBRE DE 1987, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, por el cual reguló la liquidación y cobro de algunos impuestos de carácter municipal.

Providencia : Sentencia de 3 de marzo de 1994
Expediente : 5172
Actor : LUIS MARIO DUQUE
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Anulado.

OTROS ACUERDOS

ACUERDO 01 DE 1993, emanado de la Junta Directiva del Instituto de Transporte y Tránsito del Huila, por el cual se aprueba el presupuesto para la vigencia fiscal de 1993.

Providencia : Auto de 27 de enero de 1994
Expediente : 2729
Actor : RAMIRO APONTE PINO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ACUERDO 00003 DEL 20 DE ENERO DE 1993, expedido por el ya extinguido Instituto Nacional de Tránsito y Transporte, que reglamenta el Decreto 1815 de 1992 mediante el cual se adopta el Estatuto de Transporte Público Terrestre Automotor de Carga y se deroga el Acuerdo 0039 de 1992.

DECRETA LA NULIDAD DEL ARTICULO 13.
Providencia : Sentencia de 1o. de marzo de 1994
Expediente : 2592
Actor : MARIA EUGENIA MANTILLA GUTIERREZ
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO

ACUERDO 06 PARTE FINAL DEL ARTICULO 1o. Y DEL PARAGRAFO 2o. DEL 29 DE MARZO DE 1993, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, sobre bonificación para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial o de las Corporaciones Judiciales.
SUSPENDE LA PARTE FINAL DEL ARTICULO 1o. EN LA PARTE QUE DICE: "Siempre que hayan presentado congestión el 10 de enero de 1992 o durante el período posterior" Y LA TOTALIDAD DEL PARAGRAFO 2o. DEL MISMO ARTICULO.
Providencia : Auto de 15 de marzo de 1994
Expediente : 8130
Actor : JUAN SALDOVAL ROA
Ponente : Dr. PEDRO CHARRIA ANGULO - CONJUEZ

ACUERDO 007 DEL 12 SE MAYO DE 1993, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, por el cual se establece la estructura interna de dicha Entidad y se señalan las funciones de sus dependencias.
Providencia : Auto de 28 de enero de 1994
Expediente : 2746
Actor : SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CORPORACION DE TURISMO DE COLOMBIA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDO 09 DEL 2 DE ABRIL DE 1993, expedido por el Consejo Directivo Nacional del SENA, por el cual se dictan normas relativas a la integración de Comisión de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, y contra la **RESOLUCION 0919 DEL 19 DE ABRIL DE 1993,** expedida por el Director General del SENA, por la cual se reglamenta la elección del representante de los Empleados Públicos del SENA, en la Comisión de Personal.
Providencia : Sentencia de 17 de marzo de 1994
Expediente : 2642
Actor : CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ACUERDO 10 DEL 26 DE MAYO DE 1993, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, por el cual se modifica el Acuerdo 05 de 1o. de marzo de 1993, expedido por la misma Entidad, y se adoptan los estatutos de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia.

Providencia : Auto de 28 de enero de 1994
Expediente : 2755
Actor : SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CORPORACION DE TURISMO DE COLOMBIA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDO 12 DEL 25 DE OCTUBRE DE 1993, proferido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, relacionado con el nombramiento de los Magistrados integrantes de las Salas Homólogas de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

Providencia : Auto de 18 de febrero de 1994
Expediente : 1084
Actor : LUIS RAMON DUSSAN CALDERON
Ponente : Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Vigente.

ACUERDO 024 DE 1992, expedido por la Junta Directiva de la Beneficencia del Huila, por el cual se establece el anteproyecto de rentas e ingresos y apropiaciones para gastos de la Beneficencia del Huila para la vigencia fiscal de 1993.

Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 2742
Actor : MARIA EUGENIA ALZATE JIMENEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ACUERDO 45 INCISO FINAL, ARTICULO 10 DEL 18 DE JUNIO DE 1986, emanado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, por medio del cual se adoptó el Estatuto de Personal Docente de dicha Institución.

Providencia : Sentencia de 18 de marzo de 1994
Expediente : 4853
Actor : CARLOS HUGO GALLEGO CARDONA
Ponente : Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Vigente.

ACUERDO 071 DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedido por la Universidad del Cauca, por el cual se imparte una medida para la aplicación del régimen salarial consagrado en el artículo 2o. del Decreto 1444 de 1992 y el Artículo 78 de la Ley 30 de 1992.

SE ORDENA PASAR EL ASUNTO POR COMPETENCIA A LA SECCION SEGUNDA.

Providencia : Auto de 18 de marzo de 1994
Expediente : 2804
Actor : NESTOR ANGEL GIRALDO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO

CIRCULARES

CIRCULAR 004 DEL 9 DE AGOSTO DE 1993, expedida por la Comisión Nacional de Servicio Civil, por la cual se hacen algunas precisiones respecto de algunas precisiones respecto de alguas normas de carrera administrativa.

Providencia : Auto de 10 de marzo de 1994
Expediente : 2818
Actor : DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

CIRCULAR 00497 DE 6 DE DICIEMBRE DE 1993, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, mediante la cual se establecen pautas para el cobro de los derechos pecuniarios por parte de las Instituciones de Educación Superior.

Providencia : Auto de 25 de marzo de 1994
Expediente : 2819
Actor : VICTOR MANUEL ALVAREZ CASTRO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

CIRCULARES EXTERNAS

CIRCULAR EXTERNA 050 DEL 27 DE OCTUBRE DE 1993, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, dirigidas a los Representantes Legales y Revisores Fiscales de los sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y beneficencias que administran loterías, para efectos de indicarles la manera como han de registrarse y contabilizarse las prestaciones sociales y vacaciones, el impuesto a ganadores, el impuesto a foráneas (impuesto, recaudo y gasto por impuesto a foráneas), venta de billetería, premios en el público, premios caducados, e información a remitir a la Superintendencia sobre los estatutos financieros en forma bimestral.

Providencia : Auto de 11 de marzo de 1994
Expediente : 2756
Actor : LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

CIRCULAR EXTERNA 051 DEL 27 DE OCTUBRE DE 1993, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, por la cual se determina el tratamiento a las utilidades de sorteos extraordinarios, de las loterías y beneficencias que administran loterías.

Providencia : Auto de 25 de febrero de 1994
Expediente : 2757
Actor : LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

CIRCULAR EXTERNA 003013 PARRAFOS TERCERO A SEXTO DEL 25 DE JUNIO DE 1993, expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se ordena la formulación de liquidaciones oficiales de corrección y se dictan otras disposiciones y contra la **RESOLUCION 0130 DE LA MISMA FECHA,** expedida por la Entidad referenciada, por medio de la cual se modifica el Artículo 6 de la Resolución 408 de 1992, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 2604
Actor : OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigentes.

DECRETOS DE ALCALDES

DECRETO 004 DEL 5 DE ENERO DE 1993, expedido por el Alcalde Municipal de Flandes -Tolima-, por el cual se da cumplimiento al Acuerdo 089 de 1990, sobre la creación y funcionamiento de la Empresa de Servicios Públicos de dicho Municipio.

Providencia : Auto de 11 de marzo de 1994
Expediente : 2695
Actor : LUIS MIGUEL PLATA CLAVIJO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 075 ARTICULO 22 DEL 12 DE ENERO DE 1989, expedido por el Alcalde Municipal de Magangué, por el cual se establece la Licencia de Funcionamiento como un impuesto complementario al de Industria y Comercio.

Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 5274
Actor : MARCELA ROMERO DE SILVA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

DECRETO 0246 ARTICULO 6o. DEL 19 DE MAYO DE 1989, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, hoy Santafé de Bogotá, Distrito Capital, por el cual se establece el trámite para expedición de las licencias de funcionamiento para establecimientos de comercio y servicios en el Distrito Especial de Bogotá y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Auto de 24 de marzo de 1994
Expediente : 2793
Actor : HERNANDO PINZON AVILA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 403 ARTICULO 1o. DEL 11 DE JUNIO DE 1993, expedido por la Alcaldía del Municipio de Bucaramanga y **ACUERDO 017 PARAGRAFO DEL ARTICULO 51 DE 1990,** expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.

Providencia : Auto de 3 de febrero de 1994
Expediente : 5266
Actor : CARLOS AUGUSTO RUEDA JAIMES
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigentes.

DECRETO 462 ARTICULOS 7o., 8o. Y APARTES DEL ARTICULO 11o. DEL 25 DE AGOSTO DE 1990, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, por el cual se reglamenta el trámite para la expedición de licencias de funcionamiento para los establecimientos industriales, comerciales y de servicios, y **ACUERDO 18 ARTICULOS 415 A 417 DE 1989,** expedido por el Concejo de Bogotá, por el cual se expide el Código de Policía para el Distrito Especial de Bogotá.

Providencia : Sentencia 24 de febrero de 1994
Expediente : 2654
Actor : IGNACIO ARAUJO VELEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

DECRETO 613 DEL 14 DE OCTUBRE DE 1993, expedido por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, Distrito Capital, por el cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta el ingreso de vehículos clase taxi al servicio público.

Mediante auto de 15 de abril de 1994, se concede para ante la Sala Plena de esta Corporación, el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el señor Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá. Por medio de auto de 28 de noviembre de 1994 se resolvió el recurso de súplica en el sentido de no declarar su prosperidad. Consejero Ponente: Dr. JUAN DE DIOS HERNANDEZ, Exp. S-368.

Providencia : Auto de 18 de marzo de 1994
Expediente : 2814
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE

Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Suspendido.

DECRETO 934 ARTICULO 3o. DEL 18 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por la Alcaldía Mayor de Barranquilla, por el cual se dictan normas sobre restricciones a la distribución y uso de juegos pirotécnicos.
Providencia : Auto de 11 de marzo de 1994
Expediente : 2797
Actor : HUGO SALAZAR PELAEZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETOS DE GOBERNADORES

DECRETO 0089 DEL 4 DE MAYO DE 1992, expedido por el Gobernador de Santander, por el cual se efectúan créditos y contracréditos al presupuesto general del Departamento.
Providencia : Sentencia de 21 de enero de 1994
Expediente : 2678
Actor : AQUILES TORRES BRETON
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETO 439 DEL 23 DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones de la entidades públicas de la Corporación de Ahorro y Vivienda CORPAVI.
Providencia : Auto de 25 de marzo de 1994
Expediente : 2826
Actor : JULIO A. ROBERTO NIETO Y OTRO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 593 DEL 30 DE MARZO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establece la planta de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
Providencia : Auto de 27 de enero de 1994
Expediente : 2669
Actor : LUIS ALBERTO RUBIANO SANCHEZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 619 DEL 31 DE MARZO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el Acuerdo 897 de 18 de marzo de 1993, de la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que adopta una nueva planta básica de cargos a nivel nacional.

Providencia : Sentencia de 18 de febrero de 1994
Expediente : 2533
Actor : HUGO MORA MURILLO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 1227 DEL 13 DE JUNIO DE 1989, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dictan normas sobre la facultad de inspección y vigilancia en las instituciones de Educación Superior y contra el **ACUERDO 172 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1989,** expedido por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior "ICFES", por el cual se reglamenta la suspensión de funciones de que trata el Artículo 2o. del Decreto 1227 de 1989.

Providencia : Auto de 18 de febrero de 1994
Expediente : 2719
Actor : JUAN DE JESUS FRANCISCO RODRIGUEZ VARGAS
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigentes.

DECRETO 1421 DEL 21 DE JULIO DE 1993 ARTICULO 99, NUMERAL 4o. PARRAFO SEGUNDO, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 2738
Actor : ESTEBAN TAMAYO MEDINA Y OTROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULO 29 DEL 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 2731
Actor : DOMINGO BANDA TORREGROZA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULOS 1o. Y 172 DEL 21 DE JULIO DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

Providencia : Auto de 4 de febrero de 1994
Expediente : 2589
Actor : DOMINGO BANDA TORREGROZA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 1421 NUMERAL 4o. DEL ARTICULO 154 DEL 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, Estatuto de Bogotá.
Providencia : Auto de 17 de febrero de 1994
Expediente : 5194
Actor : GILMA CLEMENCIA SOLANO A. Y OTRA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

DECRETO 1421 NUMERAL 3o. DEL ARTICULO 155 DEL 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, Estatuto de Bogotá.
Providencia : Auto de 17 de febrero de 1994
Expediente : 5138
Actor : MIGUEL ANGEL ENCISO PAVA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULO 6o., 7o., 12-8, 12-21, 18-6, 28-2, 55, 56, 57, 93, 121, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 138, 161, 176 Y 180 DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.
Providencia : Auto de 1o. de marzo de 1994
Expediente : 2680
Actor : JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1421 NUMERAL 2o. ARTICULO 154 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el Régimen para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.
Providencia : Auto de 3 de marzo de 1994
Expediente : 5226
Actor : LUCY CRUZ DE QUIÑONES
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigente.

DECRETO 1421 DEL 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el Régimen para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá. **Revoca suspensión provisional de los efectos de los siguientes apartes del acto acusado: Párrafo segundo del Artículo 13, por haber incluído los ordinales**

3o., 8o., 14o. y 21o. del Artículo 12 y la frase "... autoricen enajenar sus bienes y dispongan exenciones tributarias o cedan sus rentas...", contenida en la parte final del referido párrafo y artículo 147; y, en su lugar, deniega la solicitud de suspensión provisional de los efectos de las demás disposiciones citadas y confirma el punto 3o. del auto recurrido. Mediante auto de fecha 29 de septiembre de 1994, fue remitido el proceso a la Sala Jurisdiccional, Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que dirima el conflicto de jurisdicciones entre la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Providencia : Auto de 10 de marzo de 1994
Expediente : 2651
Actor : JOSE CIPRIANO LEON C.
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULOS 154 NUMERAL 6 Y 155 NUMERALES 1, 2, 3, 5 Y 6 DEL 21 DE JULIO DE 1993, proferido por el Presidente de la República. Estatuto de Bogotá.

Providencia : Auto de 24 de marzo de 1994
Expediente : 5339
Actor : RAFAEL URIBE PERALTA
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigente.

DECRETO 1421 DEL 21 DE JULIO DE 1993, proferido por el Presidente de la República. Estatuto de Bogotá.

Providencia : Auto de 25 de marzo de 1994
Expediente : 2591
Actor : JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1572 DEL 12 DE AGOSTO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen restricciones aplicables a las exportaciones de cigarrillos.

Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 2646
Actor : MARIA ESPERANZA CABRERA CALIXTO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 1572 DEL 12 DE AGOSTO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen restricciones aplicables a las exportaciones de cigarrillos.

Providencia : Auto de 17 de marzo de 1994
Expediente : 2816
Actor : CONSUELO CHAVARRO GARZON
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1635 DEL 19 DE AGOSTO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se crea la Notaría Segunda en el Círculo Notarial de Chinchiná en el Departamento de Caldas.
Providencia : Auto de 18 de febrero de 1994
Expediente : 2769
Actor : LUIS FERNANDO SERENO PATIÑO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1660 ARTICULO 187 DE 1978, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan parcialmente: Las Leyes 15 y 20 de 1972; los Decretos 250 y 262 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978 y otras disposiciones sobre Administración de Personal de la Rama Jurisdiccional del Ministerio Público y de las direcciones de Instrucción Criminal.
Providencia : Sentencia de 21 de enero de 1994
Expediente : 2580
Actor : BEATRIZ DE LAS MERCEDES LINARES CANTILLO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1708 DEL 20 DE OCTUBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se habilita un término y se establecen requisitos dentro del procedimiento de saneamiento aduanero para vehículos.
Providencia : Sentencia de 3 de febrero de 1994
Expediente : 4837
Actor : ROBINSON RICARDO RADA GONZALEZ
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

DECRETO 1774 ARTICULO 8o. PARAGRAFOS 1o. Y 2o. DEL 2 DE JULIO DE 1985, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el Acuerdo 011 de 30 de mayo de 1985 de la Junta Directiva de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.
Providencia : Sentencia de 24 de febrero de 1994
Expediente : 2615
Actor : PEDRO MANUEL PEREZ RODRIGUEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2061 ARTICULOS 3o. Y 4o. DEL 14 DE OCTUBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica el Decreto 741 de 1993 y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Auto de 3 de marzo de 1994
Expediente : 2721
Actor : ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2067 ULTIMA FRACCION DEL ARTICULO 2o. DEL 4 DE SEPTIEMBRE DE 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, así como las palabras "...policiva y disciplinaria..." en el Artículo 21 inciso segundo del mismo estatuto y su Artículo 24, expedido por el Gobierno Nacional.
Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 2253
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2100 ARTICULO 2o. DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1993, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos contra el resumen general de gastos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en lo referente a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y el anexo donde se detalla en el programa 3, artículo 174, dicha participación, y contra la **RESOLUCION 00609 DEL 24 DE MARZO DE 1993,** expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por la cual se efectúa un traslado en el presupuesto de gastos de funcionamiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la vigencia fiscal de 1993.
Providencia : Sentencia de 28 de enero de 1994
Expediente : 2529
Actor : JORGE GARCIA HURTADO Y OTRO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigentes.

DECRETO 2111 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Presidente de la República, por el cual se suprimen los establecimientos públicos operadores de las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palma Seca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Urabá.
Providencia : Sentencia de 4 de febrero de 1994
Expediente : 2460
Actor : MARCEL SILVA ROMERO

Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2112 ARTICULOS 88 A 96, 97 (PARCIALMENTE), 98, 99 (PARCIALMENTE), 100, 103 Y 107 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
Levanta la suspensión provisional de los efectos del artículo 107 del decreto acusado en la expresión "dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su vigencia", decretada en el auto admisorio de la demanda de fecha mayo 17 de 1993.
Providencia : Sentencia de 18 de febrero de 1994
Expediente : 2321
Actor : OSCAR JOSE DUEÑAS RUIZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2117 ARTICULO 116 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se fusionan la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan disposiciones complementarias.
Providencia : Auto de 25 de marzo de 1994
Expediente : 2825
Actor : ADRIANA VARGAS MORA
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2119 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares -IAN- y Minerales de Colombia S.A., -MINERALCO-.
Levanta la suspensión provisional de las expresiones relativas al plazo para ejecutar la decisión de reestructurar contenidas en los Artículos 49 a 51 y 65.
Providencia : Sentencia de 17 de febrero de 1994
Expediente : 2324 - 2373 (acumulados)
Actor : GERMAN CAVELIER GAVIRIA Y OTRO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2119 ARTICULOS 50 Y 65 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares -IAN- y Minerales de Colombia S.A. -MINERALCO- y contra el **DECRETO 1554 DE 9 DE AGOSTO DE 1993,**

expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica la planta de personal del Ministerio de Minas y Energía.
Providencia : Auto de 17 de febrero de 1994
Expediente : 2734
Actor : EDGARDO INSIGNADOS CARROLL
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

DECRETO 2119 NUMERALES 8 DEL ARTICULO 3o., 6 Y 7 DEL ARTICULO 5o. DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares "IAN" y Minerales de Colombia S.A.
Providencia : Auto de 17 de marzo de 1994
Expediente : 2324-2373 (acumulados)
Actor : GERMAN CAVELIER GAVIRIA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2120 ARTICULOS 1o., 2o., 4o., Y 6o. A 29 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifican los estatutos básicos del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-.
Providencia : Sentencia 11 de marzo de 1994
Expediente : 2378
Actor : RAFAEL MANTILLA RUIZ
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2125 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se suprime la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-.
Providencia : Sentencia de 11 de marzo de 1994
Expediente : 2445
Actor : LILIANA ROSA VALDES BAQUERO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 02126 DEL 15 DE JULIO DE 1992, proferido por el Gobernador de Cundinamarca, sobre urgencia evidente de un contrato.
Providencia : Auto de 17 de marzo de 1994
Expediente : 9157
Actor : GABRIEL CAMARGO SALAMANCA
Ponente : Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA
Suspendido.

DECRETO 2128 ARTICULOS 19 A 8 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto Colombiano de Cultura, COLCULTURA.

Providencia : Sentencia de 24 de febrero de 1994
Expediente : 2595
Actor : JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2131 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se suprime el establecimiento público Residencias Femeninas.

Providencia : Sentencia de 21 de enero de 1994
Expediente : 2454
Actor : HERNAN HUMBERTO GOMEZ RUIZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Anulado.

DECRETO 2132 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura y fusionan dependencias de la Administración Nacional.

Providencia : Sentencia de 11 de marzo de 1994
Expediente : 2369-2512 (acumulados)
Actor : JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 2138 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura parcialmente la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Levanta la suspensión provisional de los efectos de la frase "...dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo". Contenida en el Artículo 20 del Decreto 2138 de 1992, decretada en el auto admisorio de la demanda.

Providencia : Sentencia de 17 de marzo de 1994
Expediente : 2397
Actor : SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO "SINTRACREDITARIO"
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

CONSEJO DE ESTADO BIBLIOTECA

DECRETO 2139 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A. -VECOL-.

Providencia : Sentencia de 24 de marzo de 1994
Expediente : 2426-2458 (acumulados)
Actor : MARCO ANTONIO CASTRO QUINTERO Y OTRAS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2141 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto Colombiano Agropecuario.

Providencia : Sentencia de 21 de febrero de 1994
Expediente : 2484
Actor : JAIME ARTURO BETANCOURTH GONZALEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2142 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructuran Almacenes Generales de Depósito de la Caja Agraria, IDEMA y Banco Ganadero - ALMAGRARIO S.A.

Providencia : Sentencia de 21 de febrero de 1994
Expediente : 2437
Actor : NARDA ETTNA CARRILLO VARGAS
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2146 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Promotora de Vacaciones y Recreación Social -PROSOCIAL-.

Levanta la suspensión provisional decretada en el numeral 2 del auto de fecha 4 de junio de 1993.

Providencia : Sentencia de 21 de enero de 1994
Expediente : 2389
Actor : JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2147 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-.

Providencia : Sentencia de 25 de febrero de 1994
Expediente : 2345
Actor : MARIA PAULINA RUIZ BORRAZ Y OTROS
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2148 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.-.
Providencia : Auto de 28 de enero de 1994
Expediente : 2342
Actor : OLIVERIO CALDAS MURIEL
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2149 ARTICULOS 2o., 3o. NUMERALES 5, 7 Y 8; 6o. NUMERAL 4o.; 7o. NUMERALES 2, 3 Y 5; 8o. NUMERAL 6 LITERAL g); 10o. NUMERAL 2; 14 A 23; 25 A 27; 32; 36; 37; 39; 40 Y 42 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.
Providencia : Sentencia de 20 de enero de 1994
Expediente : 2455
Actor : JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2149 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.
Providencia : Sentencia de 4 de febrero de 1994
Expediente : 2379
Actor : JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 2157 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Presidente de la República, por el cual se reestructura el Ministerio de Justicia.
Levanta la suspensión provisional de los apartes de los Artículos 37 y 38.
Providencia : Sentencia de 21 de enero de 1994
Expediente : 2510
Actor : URIEL QUEKAN CANASTO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2162 ARTICULOS 1o., NUMERAL 4o., 5o. Y 46o. A 49o. DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Defensa Nacional y otras entidades adscritas o vinculadas al mismo.
Providencia : Sentencia de 28 de enero de 1994
Expediente : 2423
Actor : PATRICIA GOMEZ CARRILLO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO .
Vigente.

DECRETO 2164 ARTICULOS 4o., 5o., 9o., 12 Y 13 PARAGRAFO, 102 A 104 Y 110 A 112 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Salud.

Providencia : Sentencia de 4 de febrero de 1994
Expediente : 2511
Actor : MARTHA MELBA SOTO CARO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2169 ARTICULOS 21 A 38 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Providencia : Sentencia de 20 de enero de 1994
Expediente : 2508
Actor : ANDRES MARTINEZ MARTINEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2480 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establece un régimen de zona franca industrial de bienes y servicios para las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta, en liquidación.

Providencia : Auto de 24 de marzo de 1994
Expediente : 2830
Actor : ANTONIO JOSE TAMAYO RAMIREZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETOS 2782 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 1989 Y 1093 DEL 25 DE MAYO DE 1990, expedido por el Gobierno Nacional, que aclararon el ordinal d) del Artículo 1o. del Decreto 2782 de 1989, mediante el cual se reglamentó el Decreto-Ley 2310 de 1984.

Providencia : Sentencia de 3 de febrero de 1994
Expediente : 6326 - 6323
Actor : HECTOR RAMON RODRIGUEZ PIZARRO
Ponente : Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA
Anulados.

DECRETO 2939 DE 1989 ARTICULOS 190 NUMERAL 6o. Y 192 (CODIGO NACIONAL DE POLICIA DE ANTIOQUIA), expedido por el Gobernador de dicho Departamento.

Decreta la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las expresiones "Enajenar o" y "Enajenarlo o" contenidas en el ordinal 6o. del Artículo 190 y en el Artículo 192 del Código de Policía de Antioquia.

Providencia : Auto de 4 de febrero de 1994
Expediente : 2741
Actor : JOSE GERMAN RAMIREZ CANO Y OTROS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 48 DEL 7 DE ENERO DE 1993, que desconoce la Prima Técnica como factor salarial para la liquidación de la bonificación por servicios prestados.

Providencia : Auto de 18 de marzo de 1994
Expediente : 8922
Actor : AYDA CEDEÑO LIGARRETO
Ponente : Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Vigente.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

DECRETO REGLAMENTARIO 418 DEL 3 DE MARZO DE 1976, expedido por el Presidente de la República, reglamenta el numeral 19 del Artículo 184 de la Ley 4a. de 1913, establece que corresponde a los Alcaldes Municipales nombrar y remover a todos los empleados municipales, tales como: Gerentes, Directores o Presidentes de los establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales de creación municipal.

Providencia : Sentencia de 18 de marzo de 1994
Expediente : 4756
Actor : JULIO CESAR DIAZ PERDOMO
Ponente : Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 525 PRIMERA PARTE DEL ARTICULO 47 Y LA TOTALIDAD DE LOS ARTICULOS 49, 51, 53 A 56, 60 Y 66 DEL 6 DE MARZO DE 1990, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se regula la Administración de la Educación no Formal en los Institutos Públicos y Privados.

Providencia : Sentencia de 7 de febrero de 1994
Expediente : 2231
Actor : JAIME ROCHA GARCIA
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 704 LITERAL b) DEL ARTICULO 3o. DEL 14 DE ABRIL DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la Ley 64 de 1923, sobre el establecimiento de las loterías como bienes y rentas propias de los Departamentos.

Providencia : Auto de 18 de febrero de 1994
Expediente : 2774
Actor : LUZ AMALIA ANDRADE AREVALO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 0768 NUMERAL 4o. DEL ARTICULO 1o., DEL ARTICULO 3o., DEL INCISO 1o. Y PARTE FINAL DEL INCISO 2o. DEL ARTICULO 4o. DEL 23 DE ABRIL DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se reglamentan los Artículos 2o., literal f), del Decreto 2122 de 1992, los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y el Artículo 16 de la Ley 38 de 1989".
Providencia : Auto de 4 de marzo de 1994
Expediente : 2798
Actor : JOSE A. PEDRAZA PICON
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 0768 DEL 23 DE ABRIL DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y el Artículo 16 de la Ley 38 de 1989.
Providencia : Sentencia de 11 de marzo de 1994
Expediente : 2432
Actor : OLID LARRARTE RODRIGUEZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 0768 DEL 23 DE ABRIL DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y el Artículo 16 de la Ley 38 de 1989.
Providencia : Sentencia de 11 de marzo de 1994
Expediente : 2428
Actor : JORGE VALENCIA ARANGO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 836 INCISO 2o. DEL ARTICULO 21 DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamenta la Ley 49 de 1990 y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 5294
Actor : CAMILO E. RAMIREZ BAQUERO
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 836 INCISO DEL ARTICULO 21 DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamenta la Ley 49 de 1990 y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Auto de 3 de marzo de 1994
Expediente : 5294
Actor : CAMILO E. RAMIREZ B.
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1160 INCISO 2o. y 3o. LITERALES a), b) y c) DEL ARTICULO 20 DEL 2 DE JUNIO 1989, expedido por el Presidente de la República, reglamentario de la Ley 71 de 1988.
Providencia : Sentencia de 8 de marzo de 1994
Expediente : 7048
Actor : VICENTE MIRANDA MELO
Ponente : Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
Anulada.

DECRETO REGLAMENTARIO 1372 ARTICULO 3o. DEL 20 DE AGOSTO DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6a. de 1992, el Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Sentencia de 28 de enero de 1994
Expediente : 4389
Actor : MAURICIO ARANGO RESTREPO
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1678 APARTES DE LOS ARTICULOS 1o. A 6o. DEL 26 DE AGOSTO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta el Artículo 13 de la Ley 74 de 1926.
Providencia : Auto de 4 de febrero de 1994
Expediente : 2730
Actor : CAMILO VARGAS AYALA S.A.
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 2075 PARAGRAFO 2o. DEL ARTICULO 21 DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional.
Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 5276
Actor : JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Suspendida.

DECRETO REGLAMENTARIO 2075 PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 21 DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional.
Levanta la orden de suspensión provisional contenida en el numeral 2 del auto de 21 de enero de 1994, por cuanto la norma se encontraba derogada.
Providencia : Auto de 24 de febrero de 1994
Expediente : 5276
Actor : JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE

DECRETO REGLAMENTARIO 2075 PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 21 DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional.
Providencia : Auto de 3 de marzo de 1994
Expediente : 5393
Actor : JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Suspendida.

DECRETO REGLAMENTARIO 2100 DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 1991, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se reglamenta el Decreto Ley 660 de 1991.
Providencia : Sentencia de 28 de febrero de 1994
Expediente : 6129
Actor : JAIRO LOPEZ MORALES
Ponente : Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Anulado.

DECRETO REGLAMENTARIO 2314 APARTE DEL PARAGRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 9o. DE 1989, expedido por el Gobierno Nacional, en cuanto dice "o, de su corrección según el caso".
Providencia : Auto de 24 de marzo de 1994
Expediente : 5419
Actor : PAUL CAHN SPEYER
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Suspendido.

DECRETO REGLAMENTARIO 2591 APARTE DEL ARTICULO 8o. DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.
Providencia : Auto de 28 de enero de 1994
Expediente : 5296
Actor : CARLOS ALFREDO RAMIREZ GUERRERO
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 2591 PARTES DE ARTICULOS 5o. y 8o. DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

Providencia : Auto de 3 de febrero de 1994
Providencia : Auto de 3 de febrero de 1994
Expediente : 5312
Actor : ANTONIO GUTIERREZ JIMENEZ Y ALBERTO MUNERA CABAS
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 2591 ULTIMO INCISO DEL NUMERAL 30 DEL ARTICULO 2o., DEL ARTICULO 3o. Y DEL INCISO 2o. DEL NUMERAL 7o. DEL ARTICULO 4o. DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

Providencia : Auto de 24 de febrero de 1994
Expediente : 5328
Actor : HECTOR RAUL CORCHUELO N.
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

ORDENANZAS

ORDENANZA 026 DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedido por la Asamblea Departamental del Meta, por la cual se expide el Presupuesto de Rentas, Recursos de Capital, las apropiaciones para gastos y disposiciones generales del Meta, para la vigencia fiscal correspondiente del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1993.

Providencia : Auto de 25 de marzo de 1994
Expediente : 2831
Actor : FERNANDO HERNANDEZ AGUILERA
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ORDENANZAS 160 DE 1966, por la cual se creó como renta ordinaria del Instituto de Seguros Sociales la estampilla de Previsión Social y determinó que documentos que se expidieran por el Departamento causarían el gravamen y las tarifas a aplicar y **O22 DE DICIEMBRE DE 1990,** por la cual se modificaron las tarifas aplicables de la estampilla incialmente creada; expedidas por la Asamblea Departamental de Santander.

Declara la nulidad de los artículos 4o.; 5o. Parágrafos 1 y 2; 6o.; 7o.; 8o. Parágrafo; 9o. y Parágrafos 1o. y 2o.; 10; 11; 12; 13; 14; 15 y Parágrafo; 16; 17 y 18 de la Ordenanza 022 de diciembre de 1990 y denegó las demás pretensiones.

Providencia : Sentencia de 17 de marzo de 1994
Expediente : 4900

Actor : CARLOS ARTURO ROJAS
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

RESOLUCIONES

RESOLUCION 003 DEL 11 DE MARZO DE 1982, expedida por la Junta Municipal de Sevilla -Valle-, por medio de la cual determina no conceder permisos para ninguna clase de juegos y similares en dicho Municipio.
Providencia : Sentencia de 28 de enero de 1994
Expediente : 2671
Actor : JAIR GARCIA GARCES
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 22 ARTICULOS 4o., 5o. y 7o. INCISO FINAL DEL 14 DE ENERO DE 1993, expedida por el Superintendente General de Puertos, por la cual se reglamenta el régimen y mecanismos de pagos a que quedan sujetos los titulares de concesiones o autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 01 de 1991, destinadas al cargue o descargue de naves y se establecen las tarifas por fondeo.
Providencia : Sentencia de 4 de marzo de 1994
Expediente : 2554
Actor : HUGO PALACIOS MEJIA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 077 DEL 31 DE MAYO DE 1993, expedida por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos del Departamento Nacional de Planeación, por la cual se precisa el alcance del Decreto 1555 de 16 de julio de 1990, que establece una estructura nacional de tarifas para el servicio de energía eléctrica.
Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 2737
Actor : DIEGO FRANCO MOLINA
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Vigente.

RESOLUCION 080 INCISO 2 DEL ARTICULO 1o. DEL 16 DE MARZO DE 1989, expedido por el Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por la cual se introducen modificaciones al Manual Administrativo de Personal de dicha Entidad.
Anula la frase "so pena de incurrir en la falta grave que le acarrea la aplicación del procedimiento tipificado en el numeral 45.13 de este manual".
Providencia : Sentencia de 7 de febrero de 1994
Expediente : 4821

Actor : SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA AGRARIA
Ponente : Dra. CLARA FORERO DE CASTRO

RESOLUCIONES 91 DEL 25 DE AGOSTO DE 1992, por la cual se declara la extinción de la personería jurídica del Movimiento Obrero Independiente y Revolucionario -MOIR- y **118 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 1992,** por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución antes mencionada confirmándola; expedidas por el Consejo Nacional Electoral.
Providencia : Auto de 24 de febrero de 1994
Expediente : 2784
Actor : PARTIDO POLITICO MOVIMIENTO OBRERO REVOLUCIONARIO "MOIR"
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 0100 DEL 24 DE FEBRERO DE 1992, expedida por la Electrificadora del Tolima S.A., "ELECTROLIMA", por medio de la cual se reglamenta el cobro de fotocopias expedidas por la Empresa.
Anulado el Artículo 2o.
Providencia : Sentencia de 18 de febrero de 1994
Expediente : 2264
Actor : BELISARIO BELTRAN BASTIDAS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

RESOLUCION 104 DEL 13 DE FEBRERO DE 1992, expedido por el Alcalde del Municipio de Palmira, por medio de la cual se cancela la licencia de funcionamiento a la Empresa Transportadores Alfonso López S.A.
Providencia : Sentencia de 27 de enero de 1994
Expediente : 2652
Actor : SOCIEDAD TRANSPORTES ALFONSO LOPEZ S.A.
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Anulada.

RESOLUCION 0128 DEL 27 DE ENERO DE 1992, por medio de la cual el Ministro de Comunicaciones concede permiso previo a las Empresas Públicas Municipales de Cali, para contratar por compra directa los equipos de conmutación digital y demás elementos necesarios para ampliar su planta telefónica.
Providencia : Auto de 28 de enero de 1994
Expediente : 7810
Actor : VICENTE BRIÑEZ
Ponente : Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Vigente.

RESOLUCION 141 DEL 5 DE MARZO DE 1991, expedida por el Alcalde Municipal de Garzón, por la cual se otorga una licencia a J.A.V.P. Antenas Parabólicas.
Providencia : Auto de 4 de febrero de 1994
Expediente : 2727
Actor : OSCAR WILFREDO RESTREPO VICTORIA
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 207 ARTICULO 2o. DEL 1o. DE SEPTIEMBRE DE 1992, expedida por la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud "ECOSALUD", por la cual se señalan los trámites y requisitos para las apuestas de suerte y azar de los juegos intermedios y menores.
Providencia : Sentencia de 25 de febrero de 1994
Expediente : 2407
Actor : JOSE JAMES CHAVEZ MUÑOZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

RESOLUCION 000230 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedida por la Veeduría del Tesoro, por la cual se garantiza el manejo transparente de los recursos provenientes del Gobierno del Japón con destino a los damnificados por el invierno en el Departamento del Amazonas, impidiendo provisionalmente su uso.
Providencia : Auto de 31 de enero de 1994
Expediente : 2763
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Suspendida.

RESOLUCION 232 DEL 21 DE JULIO DE 1985, expedida por el INVAL, mediante la cual la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Valorización de Medellín decretó con el sistema de contribución de valorización la obra 362 (intercambio vial de Bulerias) obras complementarias en la intersección de la Avenida 33, Bolivariana y Nutibara en Medellín.
Providencia : Sentencia de 17 de marzo de 1994
Expediente : 4841
Actor : BEATRIZ ELENA JARAMILLO MUÑOZ
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

RESOLUCION 255 DEL 4 DE JUNIO DE 1992, expedida por el Gobernador del Departamento del Tolima, por la cual se revoca la providencia de 21 de febrero de 1992, expedida por la Secretaría de Gobierno, División Asuntos Delegados de la Nación, por medio de la cual se abstuvo de suscribir la nueva Junta Directiva de la sede social de Pensionados Oficiales del Tolima, "SESPOTOL".

Providencia : Sentencia de 27 de enero de 1994
Expediente : 2673
Actor : RAFAEL GONGORA ROJAS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 394 ARTICULO 5o. DEL 5 DE MARZO DE 1993, por la cual se ordena al actor a la restitución de un bien de uso público municipal, y la **1125 DEL 24 DE MAYO DE 1993** por la cual se resuelve un recurso, expedidas por el Alcalde Mayor de Cartagena.
Providencia : Auto de 18 de enero de 1994
Expediente : 2779
Actor : LUIS ANTONIO ARROYO PABUENA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Suspendidas.

RESOLUCION 0699 INCISO 1o. ARTICULO 6o. DEL 5 DE AGOSTO DE 1993 Y RESOLUCION 1883 ARTICULO 3o. DE 21 DE OCTUBRE DE 1993, de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por las cuales se suspenden los términos de caducidad de la acción de las infracciones cambiarias y de prescripción de las acciones.
Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 5275
Actor : EMILIO WILLS CERVANTES Y CAMILO TORRES GUARIN
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Vigentes.

RESOLUCION 874 DEL 8 DE MARZO DE 1991, emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual no se accedió a declarar la Unidad de Empresa entre las sociedades Bavaria S.A., Cervecería Aguila S.A., Cervecería del Litoral S.A. y Cervecería Unión S.A.; ni a declarar que estas sociedades funcionan en las mismas condiciones económicas y sociales.
Providencia : Sentencia de 8 de marzo de 1994
Expediente : 5933.(5934)
Actor : CERVECERIA UNION S.A.
Ponente : Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Anulada.

RESOLUCION 1336 DEL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la cual se reglamenta el Decreto 1851 de 1993.

Providencia : Auto de 11 de marzo de 1994
Expediente : 2674
Actor : MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 1431 DEL 23 DE JULIO DE 1992, expedida por la Secretaría de Gobierno Municipal de Pereira, por medio de la cual se modificó la Resolución 1050 de 11 de mayo de 1992, mediante la cual se negó la renovación de la licencia de funcionamiento de establecimiento comercial denominado Fuente de Soda y Discoteca Pigalia.
Providencia : Sentencia de 18 de febrero de 1994
Expediente : 2617
Actor : GILDARDO ANTONIO PEREZ ALVAREZ
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 1526 ARTICULO 5o. DEL 09 DE MARZO DE 1992, expedida por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, por la cual se resuelve una solicitud, propuestas y oposiciones en la ruta Bogotá - La Dorada y viceversa a unas empresas de transporte público de pasajeros y **RESOLUCION 1894 DEL 19 DE ABRIL DE 1993,** expedida por la misma Entidad, por la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos contra la resolución anteriormente mencionada.
Providencia : Auto de 17 de febrero de 1994
Expediente : 2611
Actor : JOSE ROBERTO SACHICA MENDEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 1526 ARTICULO 5o. DEL 9 DE MARZO DE 1992, expedida por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-, por la cual se resuelve una solicitud, propuestas y oposiciones en la ruta Bogotá - La Dorada y viceversa a unas empresas de transporte público de pasajeros y **RESOLUCION 1894 DEL 19 DE ABRIL DE 1993,** expedida por la misma Entidad, por la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos contra la resolución anteriormente mencionada.
Providencia : Auto de 17 de marzo de 1994
Expediente : 2611
Actor : JOSE ROBERTO SACHICA MENDEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 1583 ARTICULO 2o. DEL 19 DE MAYO DE 1992, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Co-

mercio, en cuanto concedió a favor de la Sociedad Confecciones RAM Limitada el registro de la marca "NAUTICA", en la clase 25 del Decreto 755 de 1972.
Providencia : Auto de 27 de enero de 1994
Expediente : 2766
Actor : SOCIEDAD NAUTICA APPAREL, INC.
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 1583 ARTICULO 2o. DEL 19 DE MAYO DE 1992, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto concedió a favor de la Sociedad Confecciones RAM Limitada el registro de la marca "NAUTICA", en la clase 25 del Decreto 755 de 1972.
Providencia : Auto de 24 de marzo de 1994
Expediente : 2766
Actor : NAUTICA APPAREL INC.
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 1645 ARTICULO 2o. DEL 12 DE MARZO DE 1992, expedida por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-, por la cual se resuelve una solicitud y unas propuestas para la ruta Bogotá - Honda y viceversa a las empresas Cooperativa de Transportes Reina Limitada, Expreso Bolivariano, Copetrán Limitada, Autoboy S.A. y Flota Macarena S.A. y contra la **RESOLUCION 1713 DEL 12 DE ABRIL DE 1993,** expedida por la misma entidad, por la cual se resuelve un recurso interpuesto contra la resolución anteriormente mencionada.
Providencia : Auto de 27 de enero de 1994
Expediente : 2610
Actor : JOSE ROBERTO SACHICA MENDEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 1697 DEL 26 DE JULIO DE 1993, expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Bucaramanga, por la cual se concede licencia de funcionamiento a la Cooperativa de Servicios Funerarios de Santander "COFUNERARIAS".
Providencia : Auto de 21 de febrero de 1994
Expediente : 2771
Actor : ALDER ANTONIO RODRIGUEZ
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 2001 DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 1984, expedida por el señor Ministro de Justicia, por la cual se delega una función y se establecen los requisitos para la expedición del Certificado de Judicatura.
Providencia : Sentencia de 18 febrero de 1994
Expediente : 2322
Actor : SILVA ELOINA CASTRO E.
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 2049 DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedida por la Alcaldía Municipal de Pereira, por medio de la cual se ordena la restitución de un bien de uso fiscal, ocupado por los señores CARMEN ROSA HENAO y ALBERTO ZULETA MARULANDA.

Providencia : Auto de 3 marzo de 1994
Expediente : 2778
Actor : ALBERTO ZULETA MARULANDA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 2182 DEL 17 DE JUNIO DE 1986, por la cual se aprueba estudio y plan de explotación de material de arrastre, **3476 DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 1986,** por la cual se hace una aclaración a la resolución antes mencionada y **3915 DEL 30 DE AGOSTO DE 1988,** por la cual se hace una aclaración a los Artículos segundos de las Resoluciones 2182 y 3476 de 1986, todas expedidas por la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-.

Providencia : Auto de 27 de enero de 1994
Expediente : 2627
Actor : SOCIEDAD INVERSIONES DE SIMLA S.A.
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 002326 DEL 6 DE MAYO DE 1992, expedida por la Dirección General de Transporte y Tránsito, por la cual se efectúa el traslado de series de placas de los organismos departamentales de Tránsito y Transporte, incluídos los anteriormente denominados Intendenciales y Comisariales, a los organismos Municipales de Tránsito y Transporte y se deroga la Resolución 02951 de 1991.

Providencia : Sentencia de 24 de febrero de 1994
Expediente : 2530
Actor : DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 06473 DEL 25 DE JULIO DE 1988, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, por la cual se concede el registro de la Marca GAMABENCENO (Etiqueta).

Providencia : Auto de 11 marzo de 1994
Expediente : 2535
Actor : SOCIEDAD LABORATORIOS ASOMECO LTDA.
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCIONES 8216 DEL 17 DE OCTUBRE DE 1991, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se resuelve una oposición y se niega el registro de la marca "SCOUT"; y **1030 DEL 30 DE JUNIO DE 1992,** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se resuelve un recurso de apelación contra la resolución antes mencionada.

Providencia : Sentencia de 3 marzo de 1994
Expediente : 2202
Actor : SOCIEDAD MONSANTO COMPANY
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Anuladas.

RESOLUCION 08747 ARTICULO 1o. DEL 12 DE AGOSTO DE 1993, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se adopta provisionalmente la estructura y funciones para la Policía Nacional.

Providencia : Auto de 20 de enero de 1994
Expediente : 2633
Actor : HUMBERTO DE JESUS PINEDA PEÑA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 11199 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 1989, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se ordenó inscribir en los Libros de Propiedad Industrial la renovación del registro correspondiente a la marca "BELMONT", para distinguir productos comprendidos en la clase 34 del Decreto 755 de 1992, en favor de PHILIPS MORRIS PRODUCTS INC., y **RESOLUCION 1237 DEL 5 DE AGOSTO DE 1993,** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se rechazó el recurso de apelación interpuesto contra la resolución antes citada.

Providencia : Auto de 27 de enero de 1994
Expediente : 2700
Actor : SOCIEDAD C.A. CIGARRERIA BIGOTT SUCESORES
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigentes.

RESOLUCIONES 40266 Y 40267 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1983, Y 40613 DEL 29 DE DICIEMBRE DEL MISMO AÑO, expedidas por la Dirección Administrativa de Catastro Distrital.

Providencia : Auto de 11 marzo de 1994
Expediente : 2717
Actor : URBANIZACION SIERRAS DEL CHICO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION EG-060-92 DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1992, emanada de la Gerencia de la Lotería de Manizales.
Providencia : Auto de 31 enero de 1994
Expediente : 8981
Actor : GERMAN ARIAS MARIN
Ponente : Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Vigente.

RESOLUCION EXTERNA 21 ARTICULO 88 Y 89 DE 1993, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, sobre control de las casas de cambio.
Providencia : Auto de 21 de enero de 1994
Expediente : 5185
Actor : LUIS CARLOS SACHICA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Suspendida.

RESOLUCION SIN NUMERO DEL 27 DE JULIO DE 1992, por la cual no se acepta la oposición presentada a la solicitud de UNITRANSA S.A. de autorización para servir la ruta Bosconia - Centro Bellavista y **RESOLUCIONES 0009 DEL 1o. DE FEBRERO DE 1993,** por la cual se decide una solicitud de ruta presentada por la Empresa de Transporte Público Colectivo Municipal de pasajeros y **0042 DEL 12 DE ABRIL DE 1993,** por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa Unión Santandereana de Transportes Urbanos S.A. UNITRANSA contra la resolución antes citada, expedidos por el Alcalde Metropolitano de Bucaramanga.
Providencia : Auto de 18 de febrero de 1994
Expediente : 2764
Actor : SOCIEDAD TRANSPORTES COLOMBIA S.A. Y OTRA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigentes.

OTROS ACTOS

ACTA 001 DEL 4 DE ENERO DE 1992, expedida por la Secretaría de Gobierno y la Personería Municipal de Aguazul, Departamento de Casanare, en cuanto observa la necesidad de la ampliación de una vía pública y la **RESOLUCION 046 DEL 3 DE MARZO DE 1993,** expedida por la Alcaldía Municipal de Aguazul, por la cual se autoriza la adecuación, ampliación, construcción de obras de arte y puestes, de una vía de uso público.
Providencia : Auto de 25 marzo de 1994

Expediente : 2794
Actor : ERNESTO CUEVAS MATEUS Y OTRO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

OFICIO CIRCULAR 188605 APARTES DEL PUNTO 2o. DEL INCISO TERCERO DEL 12 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedido por la Empresa Puertos de Colombia en lo que respecta al cobro de tarifas.
Providencia : Sentencia de 4 de marzo de 1994
Expediente : 2616
Actor : CLARA INES GONZALEZ CONDE
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.