REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXVII
SEGUNDA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO

1994

RELATORA: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXVII
SEGUNDA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO
1994

RELATORA: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

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

SEGUNDO TRIMESTRE

1994

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 Arturo. 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 R.
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. Edne Cohen Daza
6a. Dra. Inés Hurtado Cubides
7a. Dra. Margarita Olaya de Obando
8a. Dr. Jaime Ossa Arbeláez
9a. Dra. Luz Stella Peña Méndez
10a. Dr. Félix Arturo Mora

RELATORES

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
Dr. Danilo Alfonso Rojas Betancourth (Hasta el 19 de abril)
Dra. María Claudia Suescún de Salazar (Desde el 14 de junio)

SECCION TERCERA

DAÑO ANTIJURIDICO/DAÑO ESPECIAL/RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO–Guerrilla

La menor sufrió un daño antijurídico que no tenía porqué soportar, en un enfrentamiento entre fuerzas del orden y subversivos y si bien es cierto aquellas actuaron en cumplimiento de su deber legal, la menor debe ser resarcida de los perjuicios sufridos por esa carga excepcional que debió soportar; por consiguiente, la decisión correcta fue la tomada por el *a-quo,* en virtud de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

PERJUICIOS MORALES/PRESUNCION DE PERJUICIOS MORALES

Establecido el daño directo sufrido por la menor, se presume que el perjuicio moral que ese daño antijurídico causó en los demandantes, quienes son sus padres y hermana, perjuicio que el *a-quo* tasó adecuadamente en el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino para cada uno de los padres y en 300 para la hermana.

PERJUICIOS MATERIALES A LESIONADO–Liquidación/INDEMNIZACION FUTURA–Base/MENOR DE EDAD

La liquidación de perjuicios materiales por el *a-quo,* será modificada, para elaborarse con base en el salario mínimo actual fijado por el Decreto 2548 del 20 de diciembre de 1993, en la suma de $98.700, ante la ausencia del dato sobre el cuál será el salario mínimo en el año 2003, época en la cual la menor lesionada llegará a la mayoría de edad y desde la cual se reconocerá a la indemnización. De esa suma se tomará el 70% por cuanto en esa cuantía se señaló la incapacidad, o sea que la base

será la suma de $60.090. El período a indemnizar corresponde a 634.80 meses contados a partir del mes de septiembre del año 2003, indemnización que tiene el carácter de futura.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9261. Actor: Leonardo Solarte y Otros. Demandado: La Nación - Policía Nacional..

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 28 de octubre de 1993, mediante la cual se dispuso:

"1o). Declárase a la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional– administrativamente responsable de las lesiones sufridas por la niña ADRIANA ISABEL SOLARTE LLANTEN el día 20 de abril de 1990, en el Municipio de El Tambo, Departamento del Cauca.

"2o). En consecuencia condénase a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional–, a pagar a título de indemnización por perjuicios morales y las personas que a continuación se detallan los siguientes valores:

"LEONARDO SOLARTE	:	800 GRAMOS DE ORO
MARIA TERESA LLANTEN	:	800 GRAMOS DE ORO
ADRIANA ISABEL SOLARTE LLANTEN	:	1.000 GRAMOS DE ORO
MARCELA YANETH SOLARTE LLANTEN	:	300 GRAMOS DE ORO

"3o). Condénase a la NACION –MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL– por concepto de perjuicios materiales, lucro cesante, a pagar a la menor ADRIANA ISABEL SOLARTE LLANTEN, la suma de $12.319.959.45 pesos, moneda corriente.

"4o). El valor reconocido por concepto de perjuicios morales, se pagará al precio del oro que certifique el Banco de la República, para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"5o). Las sumas reconocidas por perjuicios morales y materiales devengarán los intereses del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a partir de la ejecutoria de esta providencia.

"6o). Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

"7o). Envíese copia de esta providencia, con constancia de su notificación y ejecutoria al Ministerio de Defensa; Dirección Nacional de la Policía Nacional, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y a la Procuraduría General de la Nación.

"8o). Sin costas".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Lo que se demanda

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Cauca, el 11 de octubre de 1990, los señores Leonardo Solarte y María Teresa Llantén, a nombre propio y en representación de sus hijas menores Adriana Isabel y Marcela Yaneth Solarte Llantén, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el art. 86 del C.C.A., formularon demanda en contra de la Nación - Policía Nacional, para que ésta fuera declarada administrativamente responsable de los perjuicios que sufrieron con las lesiones ocasionadas a la menor Adriana Isabel.

En consecuencia pretenden que se les pague a título de perjuicios morales, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada demandante y como indemnización por perjuicios materiales piden que se pague $30.000.000 por lucro cesante, suma en la cual estiman el valor de la merma de la capacidad laboral sufrida por la menor y además $30.000.000 por concepto de daño emergente, que es la suma correspondiente a los gastos de recuperación.

2o. Los hechos

Como fundamento de las pretensiones se expusieron 9 hechos, que en síntesis, dicen:

La menor Adriana Isabel Solarte Llantén vivía con sus padres y hermanos, en una vivienda ubicada en la periferia del Municipio de El Tambo, Cauca.

El 20 de abril de 1990, la menor citada, resultó herida en el estómago, con un arma disparada por la Policía Nacional, cuando agentes de esa entidad disparaban del centro hacia la periferia para repeler el ataque de un grupo guerrillero de la FARC, que trataba de tomarse la población de El Tambo, Cauca.

La herida sufrida le causó graves perjuicios a la menor, quien debió ser sometida a varias intervenciones quirúrgicas y se le dictaminó una incapacidad laboral del 80%.

3o. Actuación Procesal

Mediante auto del 31 de enero de 1991 se admitió la demanda, decisión que se notificó a la demandada el 11 de marzo de 1991, quien confirió poder a un abogado para que la representara dentro del proceso. El apoderado así constituido, respondió la demanda mediante el escrito visible a folio 26 y ss del cuaderno principal, en forma extemporánea, razón por la cual el *a-quo* decidió no tenerla en cuenta.

En el término que en primera instancia se concedió para presentar alegatos, las partes arrimaron los escritos que obran a folios 51 a 72 del cuaderno principal.

La demandada en su alegato de bien probado, destacó el hecho de que la Policía trató de repeler el ataque de la guerrilla a la población de El Tambo - Cauca, circunstancia en la que se presentó un cruce de fuego entre la Policía y la Guerrilla, en el cual resultó herida la menor, sin que sea posible afirmar que la bala que produjo la herida, fue disparada por un agente de la Policía. Para reforzar su afirmación, transcribió algunos apartes de los testimonios recibidos, según los cuales no es posible saber quien lesionó a la menor.

También alegó que la actuación terrorista en la cual resultó lesionada la menor, fue un hecho imprevisible e irresistible, del cual no se podía derivar responsabilidad para la Policía Nacional.

La actora por su parte, insistió en que la bala que hirió a la menor sí fue disparada por agentes de la Policía Nacional, conclusión a la que llega con base en el relato de algunos testigos que señalan que los guerrilleros estaban frente a la Escuela Santander situada lejos de la casa donde se encontraba la niña. Pidió que se hiciera condena en virtud de la teoría de la responsabilidad por daño especial.

El señor Procurador Judicial ante el *a-quo,* dijo que las súplicas de la demanda debían ser negadas por cuanto en el proceso no existe prueba directa y determinante que permita concluir que el disparo que lesionó a la menor, provino de armas oficiales, y en cambio dada la magnitud del ataque guerrillero y la forma como actuaron sus integrantes es factible que hayan sido estos los que ocasionaron la grave lesión a Adriana Isabel.

4o. La Sentencia Consultada

El *a-quo* accedió parcialmente a las súplicas de la demanda por cuanto concluyó procedente derivar responsabilidad al Estado en virtud de la Teoría del daño especial, dado que en el proceso quedó demostrado que la menor sufrió la herida en enfrentamiento emanado entre la guerrilla y agentes de la Policía.

5o. El Trámite de la Consulta

Conformes las partes con lo así decidido, el proceso vino a esta Corporación en virtud del grado jurisdiccional de consulta, por contener la sentencia una obligación a cargo de una entidad pública, que no la apeló.

Dentro del término que se concedió para alegar, la parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio; la demandada presentó el escrito visible a folios 130 a 133 del cuaderno principal. Allí insistió en que los agentes de la Policía obraron en cumplimiento de un deber legal. Agregó que debía reflexionarse sobre la posibilidad de que en este caso se está frente al hecho de un tercero que llevaría a obtener un fallo absolutorio o la rebaja de la condena.

En cuanto a los perjuicios señaló que los morales sólo debían ser reconocidos para la menor lesionada y en menor cantidad y no para los parientes demandantes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala comparte el análisis fáctico, probatorio y jurídico realizado por el Tribunal, así como la conclusión a la que llegó, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia consultada.

El acervo probatorio recaudado muestra:

1) Que los demandantes Leonardo Solarte y María Teresa Llantén son los padres legítimos de la menor Adriana Isabel Solarte y que Marcela Yaneth es su hermana. Ese parentesco quedó debidamente acreditado con las copias auténticas de los registros civiles de matrimonio y nacimiento aportados con la demanda y que reposan a folios 3, 4 y 5 del cuaderno principal.

2) Que la menor Adriana Isabel Solarte Llantén sufrió una herida con arma de fuego en el abdomen, el 20 de abril de 1990, en enfrentamiento entre agentes de la Policía y guerrilleros, en el Municipio de El Tambo, Cauca. A folio 21 y ss del cuaderno No. 2, reposa copia auténtica del informe rendido al Comandante de Policía del Cauca, en relación con los hechos sucedidos el 20 de abril de 1990, en la población de El Tambo, Cauca. Allí se da cuenta de que una cuadrilla de las FARC, entró a la localidad dedicándose a realizar un hostigamiento a la población, hechos en los cuales resultó muerto un agente de la Policía y herido otro y además "... resultó herida por parte de los subversivos la menor LILIANA SOLARTE, de cuatro años de edad, quien presenta impacto sobre el abdomen con orificio de salida a nivel de la espalda...". En el informe no hay ninguna otra referencia a la lesión sufrida por la menor, no se explica cómo se presentó o por qué se sabe que la herida fue causada por la guerrlla.

Ahora bien, algunos de los declarantes oídos en el proceso aducen que la herida sufrida por la menor tuvo que ser causada por agentes de la Policía, dada la posición en que se encontraban unos y otros.

Así las cosas, la Sala concluye que no hay prueba que permita establecer quien disparó el arma que lesionó a la menor. La confusión que se presentó en el enfrentamiento donde hubo fuego cruzado, no permite saber si fue la Policía o la guerrilla la que lesionó a la menor, sin que exista la posibilidad de practicar una prueba técnica so-

bre el proyectil por cuanto éste salió del cuerpo de la menor. Pero lo que sí no ofrece ninguna duda es que la menor sufrió un daño antijurídico que no tenía porqué soportar, en un enfrentamiento entre fuerzas del orden y subversivos y si bien es cierto aquellas actuaron en cumplimiento de su deber legal, la menor debe ser resarcida de los perjuicios sufridos por esa carga excepcional que debió soportar; por consiguiente, la decisión correcta fue la tomada por el *a-quo*, en virtud de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

3) Que con esa herida, la menor Adriana Isabel sufrió graves perjuicios, serios daños en su organismo, que le determinaron una invalidez laboral permanente parcial del 70%. Este perjuicio aparece debidamente demostrado con la copia de la historia clínica en la cual se relaciona todo el tratamiento médico quirúrgico a que se vio sometida Adriana Isabel (fls. 24 a 51 del cuaderno No. 2) y con el examen médico que dentro del proceso le fue practicado a la lesionada por el médico laboral de la Dirección Regional del Trabajo del Cauca (fl. 101 cuaderno principal). El *a-quo*, correctamente indemnizó ese perjuicio como el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, para la directamente afectada.

Estabelcido el daño directo sufrido por la menor, se presume el perjuicio moral que ese daño antijurídico causó en los demandantes, quienes son sus padres y hermana, perjuicio que el *a-quo* tasó adecuadamente en el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino para cada uno de los padres y en 300 para la hermana.

En cuanto a la liquidación de perjuicios materiales realizados por el *a-quo*, será modificada, para elaborarse con base en el salario mínimo actual fijado por el Decreto 2548 del 20 de diciembre de 1993, en la suma de $98.700, ante la ausencia del dato sobre cuál será el salario mínimo en el año 2003, época en la cual la menor lesionada llegará a la mayoría de edad y desde la cual se reconocerá la indemnización. De esa suma se tomará el 70% por cuanto en esa cuantía se señaló la incapacidad, o sea que la base será la suma de $60.090.

El período a indemnizar corresponder a 634.80 meses contados a partir del mes de septiembre del año 2003, indemnización que tiene el carácter de futura y que por tanto se liquida con la fórmula:

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

$$S = 69.090 \frac{(1 + 0.004867)^{634.8} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{634.8}}$$

$$S = 69.090 \frac{20.80365102}{0.106118369}$$

$$S = \$13.544.537.69.$$

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

FALLA:

PRIMERO. Confírmase la sentencia consultada, esto es que la proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 28 de octubre de 1993, con la sola modificación de que la suma a pagar a la menor ADRIANA ISABEL SOLARTE LLANTEN a título de lucro cesante, será de trece millones quinientos cuarenta y cuatro mil quinientos treinta y siete pesos con 69/100 ($13.544.537.69).

SEGUNDO. Expídanse copias de esta sentencia para su cumplimiento, con destino a las partes, a la Procuraduría y al Ministerio de Hacienda, con las previsiones contenidas en el art. 115 del C. de P. Civil.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha siete (7) de abril 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.

CONTRATO DE DERECHO PRIVADO/CLAUSULA DE CADUCIDAD–Inaplicación/**NORMA TRIBUTARIA**–Vigencia/**BENEFICIO FISCAL**–Aplicación/**SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA ELECTRICA**–Fomento/ **EMPRESA PRESTATARIA DE ENERGIA**–Beneficio Tributario

La Sala encuentra que la Administración, de hecho y en forma unilateral, esto es, sin hacer uso de la cláusula de caducidad, estipulada en el contrato suscrito por ella el día 19 de noviembre de 1973, optó por dejar sin efectos este acto jurídico, acudiendo a la interpretación de la Ley 20 de 1979, artículo 33, y del Decreto Extraordinario 2503 de 1987, hecha por el Subdirector y por el Jefe de la División Doctrina Tributaria que la Corporación no comparte. Y se afirma esto, porque la Ley 20 de 1979 se dictó, como se dice en su encabezamiento, para crear "... estímulos al contribuyente..." y fomentar "... la capitalización del país". Tampoco encuentra el fallador que el Decreto 0653 de 1953 hubiese quedado derogado en forma tácita, pues la nueva normatividad de la Ley 20 de 1979, no contiene preceptos contradictorios con la que se dictó para fomentar el servicio público de energía.

NEGOCIO JURIDICO–Controversias/**CONTRATO/NORMA DEROGADA**–Efecto Jurídico/**ARBITRARIEDAD**

La anterior filosofía jurídica implica que frente a contratos legalmente celebrados, a la luz de la legislación que se deroga, se acuda a la Jurisdicción, para discutir, en todo su temperamento, los efectos jurídicos que en el futuro pueden o no producir tales negocios jurídicos. No actuar así, y dejar las cosas en manos de subalternos, que llenan el camino de dificultades, y desafiar la filosofía que informa el Estado Social de Derecho, que como antes se dijo, está sometido a limitaciones, es poner en marcha la filosofía que informa LA ARBITRARIEDAD, que

produce un funcionario especializado en afirmar: Lo que se ha hecho es ilegal, pero demande. Procediendo así, ellos logran producir los efectos que desean, en perjuicio de los intereses particulares protegidos y de los de la misma comunidad.

DEROGATORIA TACITA–Inexistencia/**SERVICO PUBLICO DE ENERGIA ELECTRICA**–Fomento/**LEY DE FOMENTO**–Interpretación/**CONTROVERSIA CONTRACTUAL**

Para el *ad-quem* resulta inusitado, por decir lo menos, que la administración hubiese acudido al expediente de la derogatoria tácita, para dejar sin efectos jurídicos la ley de fomento al "servicio público de energía eléctrica". Cuando el legislador dictó la Ley 20 de 1979, se propuso, se repite, crear estímulos al contribuyente, fomentar la capacitación del país, y dictar algunas disposiciones en materia tributaria que, bien examinadas, en nada coliden con la ley de fomento tantas veces citada. La interpretación que lleva a concluir que, en el caso *sub-examine,* se registra una derogtoria tácita, ignora los motivos y los propósitos que tuvo el legislador cuando dictó el Decreto 0653 de 1953, y, por lo mismo, es incorrecta, así se hagan esfuerzos de calistenia jurídica para concluir que se ajusta a la nueva normatividad. La interpretación de la ley debe hacerse a CIENCIA Y CONCIENCIA y tener fuerza de convicción, con el fin de que se logren los resultados de justicia, que toda ley debe buscar. De lo contrario, se corre el riesgo de desnaturalizar el estado social de derecho, pues transitando por la vía fácil, las leyes pueden dejar de operar frente a un simple concepto jurídico, emitido por funcionarios subalternos, que en puridad de verdad no tienen, ni el manejo ni el control de las definiciones en determinadas materias. La Sala vivencia, en el caso *sub-exámine,* que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no profirió, en el caso en comento, un acto administrativo que definiera, jurídicamente, la situación del contrato frente a la nueva normatividad. Se limitó a hacer uso del PODER, con la filosofía dañina que enseña que éste consiste LO PRIMERO EN PODER, LO SEGUNDO EN PODER Y LO TERCERO TAMBIEN EN PODER. Por ello su proceder resultó arbitrario, y, por contera, causó daños a la sociedad demandante, los cuales le deben ser indemnizados.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6954. Actor: Compañía de Electricidad de Tuluá S.A.. Demandado: La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas y Transporte.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el **RECURSO DE APELACION,** interpuesto por la Procuradora Judicial del centro de imputación jurídica demandado, contra la sentencia calendada el día catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que en su parte resolutiva, DISPUSO:

"1. DECLARASE LA EXISTENCIA Y VIGENCIA DEL CONTRATO PRIVADO con cláusula de Caducidad de 19 de noviembre de 1973 suscrito entre los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas de esa época, por parte del Gobierno Nacional, y por la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., de acuerdo con las disposiciones del Decreto Ley 0653 de 12 de marzo de 1953 "Por el cual se fomenta el servicio público de energía eléctrica", contrato que otorgó a dicha compañía privada de energía eléctrica de Servicio Público que opera en el Municipio de Tuluá, Departamento del Valle del Cauca, diversos beneficios Tributarios y entre ellos el derecho consagrado por el artículo 2o. del citado Decreto Ley de pagar el impuesto sobre la renta por medio de libranzas a favor de la Nación, por valor igual al del impuesto sobre la renta liquidado sobre los respectivos daños fiscales, libranzas cada una de ellas a un plazo de veinte (20) años y con intereses del 3% al año, siendo el término de duración del contrato de veinte (20) años, benefico tributario que empezó a contarse para el año fiscal de 1973 y comprenderá el año fiscal de 1992, inclusive.

"2. DECLARASE QUE LA COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A., cumplió con la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, sus obligaciones por impuestos de renta por los años fiscales de 1987 y 1988, mediante la entrega que hizo a la Tesorería General de la República de las siguientes libranzas:

1a.- La libranza No. 72, de junio 21 de 1988, por valor de ciento un millón novecientos cincuenta y un mil pesos ($101.951.000.oo) correspondiente a los impuestos de renta de la liquidación privada de la Compañía por la vigencia fiscal de 1987 y anticipo por 1988.

2a.- Libranza No. 73, de junio 1o. de 1989, por valor de ciento ochenta y seis millones seiscientos cincuenta y un mil pesos ($186.651.000.oo), correspondiente a los impuestos de renta de la liquidación privada de la compañía por la

vigencia fiscal de 1988 y anticipo por el año de 1989, por lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público –Dirección General de Impuestos Nacionales–, deberá expedir a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., con base en las citadas libranzas, los recibos oficiales de pago de impuestos de renta por las vigencias de 1987 y 1988, de conformidad con lo estipulado en la Cláusula Segunda del contrato objeto de esta demanda y lo dispuesto en el art. 2o. del Decreto Ley 0653 de 1953, y tal como lo hizo la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tuluá en los años anteriores a dichas vigencias fiscales.

"3. DECLARASE QUE LA NACION –Ministero de Hacienda y Crédito Público Dirección General de Impuestos Nacionales–, incumplió el contrato objeto de esta demanda al exigirle a la Comapañía de Electricidad de Tuluá S.A., bajo el apremio del cobro por la Jurisdicción coactiva, el pago en dinero efectivo de los impuestos de renta e intereses de mora por las vigencias de 1987 y 1988, pagos que la sociedad contribuyente se vio obligada a hacer a pesar de haber cancelado dichos impuestos oportunamente por medio de las libranzas Nos. 72 y 73 de que trata la petición segunda que antecede, incurriendo así en un doble pago por el mismo concepto, o sea, en el pago de lo no debido.

"4. Como consecuencia de la declaración anterior, se ordena a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales–, devolver a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. las sumas indebidamente exigidas a dicha compañía bajo el apremio de la ejecución por jurisdicción coactiva, por concepto de los impuestos de renta e intereses de mora por las vigencias fiscales de 1987 y 1988, sumas que la sociedad demandante pagó así: Por el año de 1987, Ciento un millones novecientos cincuenta y un mil pesos ($101.951.000.oo) por impuestos de renta más Cincuenta y siete millones ochocientos veintiséis mil seiscientos siete pesos ($57.826.607.oo) por intereses de mora, para un total pagado de ciento cincuenta y nueve millones setecientos setenta y siete mil seiscientos siete pesos ($159.777.607.oo), según recibo del Banco de Occidente Sucursal de Tuluá No. 881063297688, de 29 de noviembre de 1989; y por el año de 1988, Ciento ochenta y seis millones seiscientos cincuenta y un mil pesos ($186.651.000.oo) por impuestos de renta, más Veintiséis millones setecientos mil cuatrocientos veintitrés pesos ($26.728.423.oo) por intereses de mora, para un total pagado por esta vigencia de Doscientos trece mil trescientos setenta y nueve mil cuatrocientos veintitrés pesos ($213.379.423.oo), según recibo No. 88106297689 de 29 de noviembre de 1989 del Banco de Occidente, Sucursal de Tuluá.

"Para efectos de la actualización de las anteriores sumas, se hará conforme a la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia, entendiéndose como condena en Concreto.

"5. ORDENASE al Ministerio de Hacienda y Crédito Público Dirección General de Impuestos Nacionales, reconozca también en favor de la Sociedad demandante, a título de LUCRO CESANTE, intereses comerciales, liquidados entre el día 29 de noviembre de 1989, fecha en que la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., efectuó el doble pago de los mencionados impuestos y el dia en que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección de Impuestos Nacionales efectuó la devolución de lo pagado indebidamente, intereses que deberán liquidarse a la tasa oficialmente autorizada para las Entidades Bancarias.

"6. Por la razón anotada en la parte motiva de esta providencia; en cuanto toca con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, se deniegan las pretensiones de la demanda.

"7. Esta condena se cumpliría en los términos previstos por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"8. CONSULTESE CON EL SUPERIOR" (fl. 264-266, C.1).

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

"El doctor CARLOS ALFONSO POTES VICTORIA, mayor y vecino de Tuluá (V), en su carácter de Gerente de la Sociedad "COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A." y por intermedio de apoderado, demanda a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas y Transporte para que se declare la existencia y vigencia del contrato privado con cláusula de caducidad de 19 de noviembre de 1973, suscrito entre las partes demandante y demandada.

"2. Igualmente se declare "que la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., cumplió con la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, sus obligaciones por impuestos de renta por los años fiscales de 1987 y 1988, mediante la entrega que hizo a la Tesorería General de la República de las siguientes Libranzas:

"1a.– Libranza No. 72, de junio 21 de 1988, por valor de ciento un millón novecientos cincuenta y un mil pesos ($101.951.000.oo), correspondientes a los impuestos de renta de la liquidación privada de la Compañía por la vigencia fiscal de 1987 y anticipo por 1988.

"2a. Libranza No. 73, de junio 1o. de 1989, por valor de ciento ochenta y seis millones seiscientos cincuenta y un mil pesos ($186.651.000.oo), correspondiente a los impuestos de renta de la liquidación privada de la Compañía por la vigencia

fiscal de 1988 y anticipo por el año de 1989, por lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, deberá expedir a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., con base en las citadas libranzas, los recibos oficiales de pago de impuestos de renta por las vigencias de 1987 y 1988, de conformidad con lo estipulado en la cláusula Segunda del contrato objeto de esta demanda y lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto Ley 0653 de 1953, y tal como lo hizo la Administración Regional de Impuestos Nacionales.

"3. Igualmente se declara que la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, incumplió el contrato objeto de esta demanda al exigirle a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., bajo el apremio del cobro por la jurisdicción coactiva, el pago en dinero efectivo de los impuestos de renta e intereses de mora por las vigencias de 1987 y 1988, pagos que la sociedad contribuyente se vio obligada a hacer a pesar de haber cancelado dichos impuestos oportunamente por medio de las libranzas Nos. 72 y 73 de que trata la petición 2o. que antecede, incurriendo así en un doble pago por el mismo concepto, o sea en el pago de lo no debido.

"4) Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, devolver a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. las sumas indebidamente exigidas a dicha compañía bajo el apremio de la ejecución por jurisdicción coactiva, por concepto de los impuestos de renta e intereses de mora por las vigencias fiscales de 1987 y 1988, sumas que la sociedad demandante pagó así: Por el año de 1987, ciento un millones novecientos cincuenta y un mil pesos ($101.951.000.oo) por impuestos de renta más cincuenta y siete millones ochocientos veintiséis mil seiscientos siete pesos ($57.826.607.oo) por intereses de mora, para un total pagado de ciento cincuenta y nueve millones setecientos setenta y siete mil seiscientos siete pesos ($159.777.607.oo) según recibo del Banco de Occidente Sucursal de Tuluá No. 881063297688, de 29 de noviembre de 1989; y por el año de 1988, ciento ochenta y seis millones seiscientos cincuenta y un mil pesos ($186.651.000.oo) por impuestos de renta, más veintiséis millones setecientos veintiocho mil cuatrocientos veintitrés pesos ($26.728.423.oo) por intereses de mora, para un total pagado por esta vigencia de doscientos trece millones trescientos setenta y nueve mil cuatrocientos veintitrés pesos ($213.379.423.oo) según recibo No. 881063297689, de 29 de noviembre de 1989 del Banco de Occidente, sucursal de Tuluá. En consecuencia se solicita la devolución por estos conceptos de un gran total de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL TREINTA PESOS ($373.157.030.oo).

"Para los efectos de que la sociedad demandante reciba los valores monetarios reales de las sumas pagadas en dinero por impuestos de renta e intereses de mora por los años fiscales de 1987 y 1988, se dispondrá igualmente el ajuste

de las cuantías cuya devolución se ordene con base en lo establecido por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

"5. Que sobre el valor de las sumas de dinero cuya devolución se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, se reconozca también en favor de la sociedad demandante, a título de lucro cesante, intereses comerciales, liquidados entre el día 29 de noviembre de 1989, fecha en que la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. efectuó el doble pago de los mencionados impuestos y el día en que la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Impuestos Nacionales, efectué la devolución de lo pagado indebidamente, intereses que deberán liquidarse a la tasa oficialmente autorizada para las entidades bancarias.

"Como HECHOS se sintetizan los siguientes:

"1) El Decreto legislativo No. 0653 de 1953 adoptado como legislación permanente por el art. 1o. de la ley 141 de 1961, fue expedida para el fomento del servicio público de energía eléctrica, estableciendo diversos beneficios tributarios en favor de las compañías privadas de energía eléctrica, entre las cuales incluyó el pago del impuesto sobre la renta por medio de Libranzas a favor de la Nación, en los términos y condiciones contemplados en los artículos 2o., 4o. y 6o., ibídem.

"2) Entre la demandante que es una Sociedad de derecho privado que tiene por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica en el Municipio de Tuluá (V), que fuere constituida por medio de la escritura pública No. 376 de 21 de septiembre de 1920 de la Notaría Unica de Tuluá debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de dicho Municipio, y la Nación Gobierno Nacional representado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas, se suscribió un contrato con fecha 19 de noviembre de 1973 en el cual se hizo constar que la Compañía quedará exenta de los impuestos y Obligaciones contenidas en el art. 1o. numerales a), b) y c) del Decreto 0653 ya citado.

"En la cláusula 2a. del susodicho Contrato, los contratantes acordaron que durante el término de duración de éste, la Compañía pagaría los Impuestos sobre la renta anualmente y en la oportunidad en que son o sean exigibles, por medio de libranzas que individualmente serían emitidas cada una con veinte (20) años de plazo. Las libranzas serían emitidas por el valor total de los impuestos sobre la renta causados en el año anterior, principiando por los correspondientes al año de 1973. Con la entrega de tales libranzas quedaría el pago de los Impuestos sobre la renta por un valor igual al valor nominal de las libranzas y la Administración a su vez entregaría el recibo de caja que usualmente se entrega a los contribuyentes para comprar la cancelación de los Impuestos.

"Se estipularon además otras cláusulas las cuales constan en el documento y se dan por reproducidas en esta providencia.

"3) La demandante para atender a sus obligaciones contractuales efectuó sus pagos anuales de Impuesto a la renta por medio de las libranzas entregadas a la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, oficina que a su vez le fue expidiendo los recibos oficiales de pago.

"Al efecto y para demostrar esta situación la actora allega con su escrito copias auténticas de las declaraciones de renta, las libranzas y recibos de pago correspondientes a los años gravables de 1980-1986.

"Unicamente se han traído a esta demanda los pagos de impuestos de renta de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. por medio de libranzas a favor de la Tesorería General de la República, a partir del año fiscal de 1980, teniendo en cuenta que funcionarios de la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales han tratado de sostener que el artículo 2o. de Decreto Legislativo 0653 de 1953 fue derogado tácitamente por el artículo 33 de la ley 20 de 1979 y que, en consecuencia, a partir de este último año terminó el derecho de la Sociedad demandante para pagar los impuestos por medio de libranzas.

"4) En el año 1988 entraron a regir las disposiciones de los artículos 127 del Decreto Extraordinario 2503 de 1987 y 1o. del Decreto reglamentario 88 de 1988 según las cuales las declaraciones de Renta y Complementarios debían ser entregados y pagados los correspondientes Impuestos en los bancos autorizados para ello por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"Fue así como la Sociedad hizo entrega de una declaración de Impuestos de Renta por el año gravable de 1987 al Banco de Occidente Sucursal de Tuluá, entidad que recibió y selló la declaración pero se abstuvo de recibir la Libranza No. 72 por no estar autorizados sino para recibir pagos en dinero efectivo. En esta misma fecha y ante esta misma entidad la Compañía pagó los intereses de la Libranza No. 72 por valor de $2.378.587.oo.

"Se buscó entonces efectuar la entrega de la Libranza No. 72 de junio de 1988 por valor de $101.951.000.oo correspondiente a la vigencia de 1987 y anticipo de 1988 a la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tuluá, oficina donde se habían entregado todas las libranzas de los años anteriores pero dicha oficina se abstuvo también de recibirla.

"La misma situación se presentó con ocasión de la entrega de la declaración de Impuestos de Renta por la vigencia fiscal de 1988 y la entrega de la Libranza No. 73 de junio 1o. de 1989 por valor de $186.651.000.oo.

"La Compañía cumplió con sus obligaciones tributarias y esto se acredita con las fotocopias auténticas de la Libranza, comunicación, oficio y recibo que se acompañan con la demanda.

"5) Con fecha 11 de junio de 1989 fue dirigida al Sr. Ministro de Hacienda una solicitud tendiente a que se ordenara al Administrador de Impuestos Nacionales de Tuluá la expedición de los recibos de pago, con base en las Libranzas enviadas a la Tesorería General de la República por no haber sido recibidas por dicho funcionario, como también que se ordenara a la Administración de Impuestos de Tuluá que continuara recibiendo el pago de los Impuestos de renta de la Compañía en Libranza.

"El señor Ministro no dio respuesta directamente a dicho memorial sino que el Subdirector de Impuestos el día 24 de agosto de 1989 se dirigió a la Compañía sosteniendo que el Decreto Legislativo 0653 de 1953 había sido tácitamente derogado por el artículo 33 de la ley 20 de 1979 y que, aun cuando se había seguido aplicando la norma del artículo 2o. del Decreto 0653, ello se debió a que "se generaron dudas sobre la derogatoria", pero que luego, a partir del Decreto Extraordinario 2503 de 1987, dicha disposición no podía subsistir por encontrarse tácitamente derogado por el artículo 86 del citado Decreto Extraordinario 2503 de 1987.

"6) Como consecuencia de este concepto el jefe de la División de Cobranzas de la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tuluá envió al Sr. Gerente de la Compañía oficio requiriéndola para el pago en dinero de los Impuestos de renta por el año de 1987 y las 1a. y 2a. cuotas del año de 1988, más intereses por mora, todo ello hasta esa fecha por un valor de $282.171.545.oo.

"7) Ante este requerimiento el Gerente mediante comunicación No. CAPV/ 311989 de 6 de septiembre de 1986 al Jefe de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos de Tuluá, dio contestación explicando como la Compañía estaba a paz y salvo con sus obligaciones tributarias por conceptos de Impuestos de renta por las vigencias de 1987 y 1988. Es de anotar que el oficio al cual se refiere este hecho fue arrimado al proceso y aparece reproducido en el escrito de la demanda.

"8) Con fecha 24 de octubre de 1989, el jefe de la División de Cobranzas de la administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, en oficio No. 1974 se dirigió nuevamente a la demandante exigiéndole la cancelación en el término de 15 días de la suma de $350.896.465.oo por concepto de Impuestos de Renta por los años gravables de 1987 y 1988 bajo el apremio de que en caso de que no se precedieran al pago, "La administración iniciaría el correspondiente Proceso Ejecutivo por Jurisdicción Coactiva". Se anota que la demandante reproduce en su integridad el texto de este requerimiento.

"9) Ante el apremio de la Administración y ante la inminencia de un proceso por Jurisdicción coactiva, la sociedad efectuó el día 29 de noviembre de 1989 en el Banco de Occidente Sucursal de Tuluá los siguientes pagos:

"Impuestos de renta por año de 1987

"Recibo del Banco de Occidente No. 023-037-06 000447-0 de noviembre 29 de 1898 (sic) (Recibo oficial No. 88106-3297688), que se descompone así:

"Impuesto de renta $101.951.000.oo

Intereses de mora ..... $ 57.826.607.oo

Total pagado $159.777.607.oo

"Impuesto de renta por año de 1988

"Recibo del Banco de Occidente No. 23-037-06-000448-3 de noviembre 29 de 1989 (Recibo Oficial No. 881063297689), que se descompone así:

"Impuesto de renta $186.651.000.oo

Intereses de mora ..... $ 26.728.423.oo

Total pagado $213.379.423.oo

"Fotocopias autenticadas por Notario de los dos recibos de pago de que trata el presente hecho se acompañan a la demanda como prueba.

"Complementario del acto de pago la actora dirigió al tantas veces citado funcionario la Comunicación No. CAPV/450-1289 y en la cual relacionó los pagos de impuestos de renta por los años gravables de 1987 y 1988 efectuados en el Banco de Occidente.

"10) Incumplimiento del contrato por parte de la Nación.– Con los actos relacionados en los hechos séptimo, noveno y décimo que anteceden, la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, desconoció la vigencia del artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953 e incumplió las cláusulas Segunda, Tercera y Séptima del Contrato de 19 de noviembre de 1973, celebrado entre el Gobierno Nacional, por conducto de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas, y la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., que se ha transcrito en su integridad en el hecho tercero de esta demanda, contrato que fue protocolizado con la escritura pública No. 309 de 28 de febrero de 1974, de la Notaría Segunda del Círculo de Tuluá, cuya copia notarial aquí se acompaña.

"Para el incumplimiento de este contrato, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, se apoyó en dos conceptos de funcionarios de esta última dependencia, así:

"1o. Concepto de la Jefe de la División de Doctrina Tributaria, Subdirección Jurídica, Dirección General de Impuestos Nacionales, contenido en el Oficio No. 019866 de 3 de octubre de 1988, que en copia auténtica se acompaña a esta demanda, en donde sostiene dicha funcionaria en su parte fundamental "De conformidad con lo expuesto, como el pago de Impuesto de Renta por medio de libranzas emitidas individualmente cada una a veinte (20) años de plazo representa una facilidad para el pago, se somete a las normas vigentes que regulan el tema y debe entenderse que el artículo 2o. del Decreto 0653 de 1953 fue derogado tácitamente por la Ley 20 de 1989, artículo 33, que reguló la materia de acuerdo de pago del impuesto sobre la renta y complementarios, para todos los contribuyentes; en consecuencia no es posible aceptar el pago de Impuestos de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. por medio de Libranzas, pues este tipo de garantías han sido reglamentadas de tal forma que deben ir acompañadas de una serie de requisitos para que puedan ser aceptadas, dentro del sistema de acuerdos de pago, creado en el año 79".

"Y para concluir, se refirió el concepto al Contrato existente entre el Gobierno Nacional y la "Compañía de Electricidad de Tuluá S.A.", sobre aplicación del Decreto Legislativo 0653 de 1953, en los siguientes términos:

"La voluntad de los contratantes no puede supeditar la del legislador, ni puede tampoco un contrato otorgar efectos ultra-activos a una ley. Así el término de veinte años estipulado en el contrato, es un término máximo, pero no significa que antes de vencer el mismo, no pueda dejar de producir efectos el contrato, por el hecho de haber salido del ordenamiento jurídico la norma que le da fundamento. No por ello se violan derechos adquiridos, porque respecto de los años gravables posteriores a la derogatoria, no existían sino simples expectativas y no situaciones jurídicas concretas".

"2o. Concepto No. 19784 de 24 de agosto de 1989 del Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales. En este concepto, que en copia autenticada se acompaña a esta demanda y que fue enviada a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. como respuesta al memorial presentado al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público el 11 de junio de 1989, a que se refiere el hecho sexto de esta demanda, el Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales ratificó el concepto No. 019866 de octubre 3 de 1988 que antecede y agregó:

"1. Si bien el decreto 653 de 1953 permitió a las compañías privadas de energía eléctrica el pago del Impuesto sobre la renta por medio de Libranzas emitidas a 20 años de plazo y en desarrollo del mismo se suscribieron diversos contratos, ello no significa que quedará en virtud de tales actos, restringida la potestad legislativa que en materia tributaria compete exclusivamente al Congreso de la República, sea que la desarrolle directamente o bien mediante el otorgamiento

de facultades extraordinarias. No habiendo obstáculo constitucional que imponga al legislador restricciones para el ejercicio de dicha facultad, no puede afirmarse qué actos contractuales tengan la fuerza suficiente de recortar prerrogativas que la carta fundamental concede.

"2. Así, todo contrato firmado por la Nación es Ley para las partes en todo aquello en que basta la voluntad de los contratantes para adoptar las cláusulas que los han de regir, mas no en aquellos aspectos que sobrepasan la órbita de la capacidad contractual, como son precisamente los aspectos impositivos, materia reservada al legislador, que no es susceptible de ser modificada por la voluntad de las partes, ni aun cuando es contratante una Entidad de Derecho Público.

"3. En consecuencia, toda cláusula pactada sobre aspectos tributarios, está sujeta a las modificaciones que al respecto imponga la ley, salvo disposición expresa y en sentido contrario hecha por el mismo legislador. Es tan claro este postulado, que el mismo Decreto 653 de 1953, así lo consagró expresmente en su artículo 4o. al decir, refiriéndose a los contratos que se celebrarían por un término máximo de 20 años, entre la Nación y las Compañías mencionadas, que lo "anterior se entenderá sin perjuicio de la fecha de vigencia del presente Decreto". Así, la vigencia de los contratos no podía afectar ni prolongar la vigencia del Decreto.

"4. Concretamente, el Decreto 653 citado en cuanto regulaba una forma de pago del impuesto sobre la renta mediante la emisión de libranzas otorgando así un plazo de veinte años para el pago, pierde totalmente su vigencia cuando el legislador establece en el artículo 33 de la Ley 20 de 1979 la única excepción a la regla general que el gobierno fija anualmente los plazos de pago que consiste en la posibilidad de celebrar acuerdos de pago para otorgar plazos adicionales a los señalados por el Gobierno de manera general, previo otorgamiento de suficientes garantías para el cumplimiento de la obligación "Si a pesar de esta norma, se siguió aplicando la disposición anterior en cuanto se generaron dudas sobre la derogatoria, no podía sin embargo subsistir el Decreto del año de 1953 con posterioridad a la reforma prodecimental surtida mediante Decreto extraordinario 2503 de 1987, el cual reguló íntegramente la materia y nuevamente se refiere a los acuerdos de pago (artículo 86). "Es evidente que el Decreto 653 de 1953 se encuentra tácitamente derogado, si aplicamos los principios consagrados por la Ley 153 de 1887 al decir: "Artículo 2o. La Ley posterior **prevalece** sobre la anterior. En caso de que una Ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior". (se subraya) "Artículo 3o. Estímase insubsistente una disposición legal por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

"5. Por último, observamos que la interpretación aquí expuesta es la misma adoptada, con fuerza de Ley, por el Estatuto Tributario, en cuyos artículos 800

al 822 se incorporaron **todas** las disposiciones que en materia de pago se estimaron vigentes, no incluyendo allí en parte alguna la referida norma del año 1953. "En los anteriores términos, se ratifica el concepto No. 019866 de octubre 3 de 1988. Atentamente, (FDO) JULIO ROBERTO PIZA RODRIGUEZ - Subdirector Jurídico, Dirección General de Impuestos Nacionales".

"11. Es de observar en relación con el último concepto transcrito en el hecho anterior que la solicitud formulada al señor Ministro de Hacienda el 11 de julio de 1989 fue para que se dieran órdenes a los empleados de la Administración de Tuluá de expedir los recibos oficiales de pago de los Impuestos de Renta de 1987 y 1988, se habían pagado con las Libranzas Nos. 72 y 73 y no era como lo afirma el concepto 19784 que se estuviera consultando sobre la "posibilidad del pago de estos impuestos mediante Libranzas". En estas condiciones la Compañía consultó a la Dirección General de Impuestos Nacionales en comunicación No. 20823, si el concepto No. 19784 era una respuesta al memorial entregado el 11 de julio de 1989 al señor Ministro de Hacienda y al efecto recibió como respuesta al oficio No. 26387 de 9 de noviembre de 1989, ya esta vez firmado por el Director General de Impuestos Nacionales, en donde se le aduce que "teniendo en cuenta que la imposibilidad jurídica de aceptar el pago de Impuestos de Renta mediante Libranzas, deriva de una interpretación de las normas tributarias pertinentes de las cuales se concluyó que operó una derogatoria tácita de las disposiciones que consagran dicha posibilidad de pago, consideramos que ciertamente el citado oficio del Subdirector Jurídico ha de tenerse como respuesta a la solicitud por Usted formulada".

"Admitida la demanda, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dio contestación al escrito oponiéndose a las pretensiones de la actora. Por su parte el Ministerio de Obras Públicas y Transporte se opone a las peticiones y propone las excepciones de "INEXISTENCIA DE LA RELACION CAUSAL" en virtud de que no existe relación de causalidad entre los hechos de la demanda y la posible participación en ellos de la demandada, ya que no ha incumplido ningún contrato, ya que no ha recaudado ningún Impuesto de renta"; y la GENERICA DEL ARTICULO 306 C.P.C." El criterio anterior lo reitera al presentar su alegato de conclusión.

"Por su parte el señor Fiscal de la Corporación en su concepto de fondo pide se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda.

"Tramitada la Instancia, no observándose nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el mérito del negocio y para ello se,

"CONSIDERA:

"Mediante el certificado expedido por el Sr. Secretaria de la Cámara de Comercio de Tuluá (V) se acredita tanto la existencia de la sociedad "COM-

PAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA", como también la representación que ejerce el Dr. CARLOS ALFONSO POTES VICTORIA en su carácter de Gerente titular.

"Conforme con lo dispuesto en el art. 17 parágrafo Segundo del Decreto 222 de 1983, esta jurisdicción es la competente para conocer del litigio por haberse pactado en la cláusula novena "Cláusula de caducidad".

"También fue acompañada con la demanda, copia debidamente autenticada del Contrato celebrado el día 19 de noviembre de 1973 en Bogotá entre los doctores LUIS FERNANDO ECHAVARRIA y ARGELINO DURAN QUINTERO en representación del Gobierno Nacional como Ministro de HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y OBRAS PUBLICAS respectivamente, y el doctor ALFONSO POTES ROLDAN, quien obra en nombre y representación de la Compañía de ELECTRICIDAD DE TULUA S.A., en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto Ley 0653 el cual fue debidamente aprobado or el señor Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros y protocolizado mediante instrumento No. 309 el 28 de febrero de 1974 de la Notaría Segunda de Tuluá.

"Igualmente fueron acompañados al libelo, las copias de las declaraciones de Renta, libranzas, pagos, oficios y comunicaciones enunciadas en la demanda.

"De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 0653 de 1953 por el cual se fomenta el servicio público de energía eléctrica, inciso 1o. artículo 2o. "Las Compañías privadas de energía eléctrica de servicio público que operan en Colombia podrán pagar el impuesto sobre la renta por medio de libranzas que individualmente serán emitidas cada una a veinte (20) años de plazo. Con la entrega de tales libranzas por estas compañías queda hecho el pago de Impuestos sobre la renta por un valor igual al valor nominal de las mismas y la Administración de Hacienda Nacional respectiva entregará a las Compañías que las emitan el recibo de caja que usualmente se entrega a los contribuyentes para comprobar la cancelación de los impuestos".

"Ahora bien, a pesar de que en el Contrato las partes contratantes acordaron fijar como plazo de duración un término de veinte años, sin embargo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de sus funcionarios, so pretexto de interpretar la ley, concretamente el artículo 33 de la ley 20 de 1979, decidió unilateralmente desconocer el contrato y no aceptar el pago de impuestos a la renta, bajo la modalidad de libranzas conforme se había acordado y lo autorizaba el Decreto vigente para la época de su celebración.

"Esta situación, contraviene normas tales como el artículo 10 del Decreto 222 de 1983 y 1602 del C. Civil que en su orden disponen:

"Artículo 10.– Cuando graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución, determinen que es de grave inconveniencia para el interés público el cumplimiento del objeto del contrato, ésta podrá darse por terminado mediante resolución motivada. Contra esta resolución procede solamente el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista".

"En firme la resolución, se procederá a la liquidación del contrato, para la cual se tomará en cuenta el estimativo del valor compensatorio que el artículo 8o. de la Ley 19 de 1982 ordena que se reconozca al contratista".

"En ningún caso la resolución de terminación podrá dictarse sin previa consulta al Consejo de Ministros".

"PAR. 1o. La resolución que decrete la terminación unilateral deberá basarse, únicamente, en consideraciones de, a) Orden Público; b) Coyuntura económica crítica".

"ART. 1602. "Todo Contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

"En el caso que se resuelve la demandada no le dio cumplimiento a la exigencia primeramente citada, dando por terminado unilateralmente el contrato, si las circunstancias así lo ameritan, mediante resolución motivada y previa consulta al Consejo de Ministros. O también declarando la caducidad de éste, en la forma estipulada en la cláusula novena del susodicho contrato, igualmente mediante resolución motivada.

"Comparte la Sala el criterio expuesto por el señor Fiscal 2o. de la Corporación cuando dice: "Ahora bien, aceptando que el artículo 2o. de Decreto 0653 de 1953, hubiera sido derogado tácitamente por normas posteriores, tenemos que existe un contrato válidamente suscrito entre las partes, el cual es ley para las mismas mientras no se cumpla en su totalidad o se declare rescindido por incumplimiento de una de ellas, o se declare su caducidad en razón de ser la Administración una de las partes contratantes, por cualquiera de las situacones que da lugar a declarar esa caducidad.

"Si la Administración considera que el contrato suscrito entre el demandante y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministro de Obras Públicas y Transporte, para el pago de los impuestos de renta por medio de libranzas, era lesivo para sus intereses, o la norma que le daba validez jurídica había desaparecido, ha debido declarar su caducidad y no en forma por demás arbitraria, entrar a desconocer el contrato y obligar a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., a cancelar los impuestos de los años fiscales 1987 y 1988

en efectivo, cuando ya habían sido suscritas las libranzas No. 72 y 73 del 21 de junio de 1988 y junio 1o. de 1989, respectivamente, para el pago de dichos impuestos. Es decir que se obligó al contribuyente al pago de unos impuestos ya cancelados por medio de libranzas como se había convenido en el contrato que se encontraba vigente, pues no había sido declarada su caducidad y solo vencía en 1993.

Por otra parte, si analizamos detenidamente el art. 2o. del Decreto 0653 de 1953, y los artículos 33 de la Ley 20 de 1979 y 83 del Decreto 2503 de 1987, vemos que los últimos en nada tocan la situación del primero, puesto que estos hacen relación al pago de impuestos en forma general, y regulan esta materia en forma general, y aquel establece una exención tributaria o mejor una forma de pago especial que busca promover el servicio público que energía (sic) por empresas privadas, no siendo en ningún momento contraria la regulación del artículo 2o. del Decreto 0653 de 1953, a lo establecido en los artículos 33 de la Ley 20 de 1979 y 86 del Decreto 2503 de 1987, pues la primera es una norma especial para efecto de promover e incentivar la producción de energía eléctrica y para que esta norma dejara de tener validez, tenía que ser expresamente derogada por una norma superior, lo cual no ha sucedido.

"En igual forma comparte los argumentos expuestos por el Sr. Apoderado de la demandante, en su alegato de conclusión, especialmente el siguiente: "En estas condiciones, y si el Ministro de Hacienda y Crédito Público llegó en un momento dado a considerar que el artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953 había quedado tácitamente derogado por disposiciones legales posteriores, estaba en el deber de declarar la caducidad del contrato por medio de un acto administrativo que gozara de todos los recursos en la vía gubernativa y ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, o de acudir directamente a esta jurisdicción en demanda de controversia contractual, para que por decisión de autoridad judicial se declarara la terminación del contrato. El Ministerio no optó por ninguno de estos medios legales, sino que acudió a las vías de hecho y unilateralmente declaró la derogatoria tácita del citado artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953 y que el contrato celebrado con base en dicha disposición legal había dejado de tener efectos jurídicos, con lo cual asumió ilegalmente funciones jurisdiccionales, violando la normatividad que regula los contratos del Estado con los particulares".

"Se colige de lo transcrito que como el contrato de que se ha hecho mención se encontraba vigente, en razón de que, ni por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se había producido la terminación unilateral del contrato, ni la declaratoria de caducidad del mismo, como tampoco existía un pronunciamiento contencioso administrativo al respecto, era claro que la Administración no podía *MOTU PROPIO* desconocer lo pactado con la demandante, sin incumplir por ende con las obligaciones contraídas en razón del contrato.

"Finalmente le asiste razón a la Apoderada del Ministerio de Obras Públicas y Transporte para oponerse a las pretensiones de la demanda aduciendo que "No se puede dar como cierto un hecho del cual no ha habido participación de mi poderdante, ya que este no cobra ni recauda impuestos de renta, por lo tanto no ha incumplido ningún contrato".

"Como lo anteror es un hecho cierto, en virtud de que si bien el susodicho Ministerio intervino como parte en la celebración del contrato, de las pruebas aportadas no se establece que incumplió el contrato, como sí lo hizo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así lo declarará la Sala en la parte resolutiva de esta sentencia.

"Finalmente y en cuanto al ajuste de las cuantías cuya devolución se ordena en esta sentencia, se dará aplicación a lo dispuesto en el art. 178 del C.C.A., teniéndose en cuenta para ello la siguiente fórmula:

$$Vp = CX \quad \frac{i \,.\, f}{i \,.\, i} \quad \text{en donde:}$$

Vp = Valor presente

C = Suma por actualizar

IF = Indice del precio al consumidor en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

I.I = Indice de precios al consumidor desde el día 29 de noviembre de 1989, fecha en que la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. efectuó el doble pago de los mencionados impuestos y el día en que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Impuestos Nacionales, efectúa la devolución de lo pagado indebidamente, intereses que deberán liquidarse a la tasa oficialmente autorizada para las Entidades Bancarias.

"Esta actualización se entenderá como condena en concreto, y para su efectividad la parte actora, deberá formular la respectiva cuenta de cobro acompañada de certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, sobre los índices al consumidor, en la fecha de noviembre 29 de 1989, y en la de la ejecutoria de la presente sentencia" (fl. 252-264, C. 1).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 272 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en el cual la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público hace sus valoraciones de natu-

raleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso, para lo cual argumenta, en lo pertinente dentro del siguiente temperamento:

"Mi discrepancia en contra de la sentencia recurrida tiene su fundamento en varios aspectos, unos que miran al procedimiento mismo, y el otro, relativo a la derogatoria de la facilidad de pago concedida a las empresas privadas que presten el servicio público de energía eléctrica, conforme así lo prevenía el artículo 2o. de Decreto 0653 de 1953.

"Tenemos que de conformidad con lo establecido por el artículo 85 del C.C.A. la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho la puede ejercitar quien pretenda que se le modifique una obligación fiscal o la devolución de lo que pagó indebidamente.

"Si nos atenemos a los hechos de la demanda, en donde se da cuenta de la existencia de un contrato suscrito con los Ministerios de Hacienda y Obras Públicas, este documento es casi la transcripción de los artículos del Decreto 0653 de 1953. Entre las estipulaciones legales que se hacen en este documento, antes que regulaciones contractuales, figura la de facilitar el pago del impuesto de renta de cada año gravable, por medio de libranzas exigibles a los veinte años de expedidas por la entidad de electricidad respectiva. Este contrato tiene su razón de ser en virtud a lo ordenado por el artículo 4o. ibídem.

"Así las cosas, sin duda alguna se observa que este proceso se instauró con la finalidad de lograr obtener el cumplimiento de la obligación tributaria por los años gravables de 1987 y 1988, dándosele pleno valor a las libranzas expedidas por la compañía demandante por esas vigencias fiscales.

"En este orden de ideas, en mi parecer la acción contractual intentada por la empresa demandante fue equivocada, ya que la controversia sobre el pago del impuesto o el cubrimiento de esa obligación en forma indebida, en una típica acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de carácter tributario, así exista un contrato de por medio en donde se establezca la forma de pago del impuesto de renta por medio de libranzas, cubrimiento de la obligación tributaria no aceptada no por una de las partes contratantes, Ministerio de Hacienda, sino por la Dirección de Impuestos Nacionales, organismo este sí competente, para efectuar esta clase de pronunciamientos, no obstante de ser esa Dirección un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda, con propia capacidad de representación y comparecencia procesal.

"La conclusión anterior está más que fundamentada, si tenemos en cuenta las afirmaciones que hace la sociedad demandante, sobre la circunstancia de que se le estaba amenazando con el cobro coactivo de la obligación tributaria por

los años gravables de 1987 y 1988, actuación que de haberse llegado a su cumplimiento está contrarrestada por el derecho de defensa que tiene el ejecutado consistente en excepconar como pagada la obligación con las libranzas autorizadas en el contrato, para de allí derivarse la controversia sobre la validez o no de ese pago por medio de esa clase de títulos valores, mediante la utilización de la vía administrativa indicada para estos casos.

"Si el contribuyente pagó la suma que se le establecía en el oficio de cobro, igualmente tenía abierta la vía administrativa para solicitar luego la devolución de lo indebidamente pagado, y una vez agotada la vía gubernativa, en el caso anterior o en éste, acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para controvertir la situación que se presenta sobre el cumplimiento de la obligación tributaria.

"Debe concluirse de lo expuesto hasta ahora que la sentencia que falló el proceso contractual, en manera alguna puede declarar como cubierto el impuesto de renta por los años gravables de 1987 y 1988, y menos ordenar la devolución de suma alguna pagada por esa misma causa, ya que esos pronunciamientos solo es posible efectuarlos al decidirse un proceso de carácter tributario, trámite que nunca se agotó.

"Por otra parte, en el caso de no admitirse las anteriores razones sobre el errado trámite del proceso agotado en su primera instancia, consideró que para tener efecto los pronunciamientos hechos en la sentencia recurrida sobre el cubrimiento y cumplimiento de la obligación tributaria, debió integrarse el litis consorcio necesario, al tener que vincular al proceso necesariamente a la Dirección General de Impuestos Nacionales, pues este es el organismo encargado legalmente de la administración, liquidación, control y recaudo de los tributos y sanciones que correspondan a la obligación tributaria de un contribuyente, conforme así lo indica no solo decretos no muy recientes, tales como el Decreto 2053 de 1974, 2247 de 1974 y 2821 de 1974, como también otros más nuevos, como la Ley 75/86, Decreto 2503/87 y las normas incorporadas al Estatuto Tributario.

"Respecto a la controversia sobre la vigencia de la facilidad de pago establecida en el contrato sobre el que se ha pronunciado la sentencia recurrida, a pesar de no estimar como procedente este análisis para un proceso contractual, debo insistir en el criterio de considerar como derogado tácitamente el Decreto 0653/87, por normas posteriores como el artículo 33 de la Ley 20 de 1979 y el Decreto 2503 de 1987, normas estas que al establecer para todos los contribuyentes unos requisitos para facilitar el pago de la obligación tributaria, dejó sin efecto cualquiera otra facilidad de pago establecida con anterioridad siendo del caso, transcribir una vez, más, los argumentos expuestos por el Honorable Consejo de Estado en providencia del 20 de marzo de 1970, en la que se expresó lo siguiente:

"Si para impulsar o estimular una determinada actividad económica, que se considera útil para el desarrollo colectivo, el legislador les concede a quienes la realicen exoneraciones, exenciones u otros beneficios tributarios, la permanencia o desaparición de estas ventajas en el futuro queda subordinada exclusivamente al querer de la ley, sin que la insubsistencia de tales favores pueda equipararse nunca al desconocimiento injusto o arbitrario de derechos adquiridos legítimamente por personas particulares, ya que apenas los antiguos beneficiarios de la dispensa legal vuelven así al régimen propio de los contribuyentes ordinarios. No puede pensarse entonces que las providencias gubernamentales que declaren en concreto que algunas personas disfruten de una exoneración tributaria concedida por la ley sean acreedoras realmente de situaciones jurídicas individuales o subjetivas y que no sea lícito revocarlas sin el previo consentimiento de las personas a que se refieren, aun en el evento de que la exoneración haya desaparecido por la vía general a virtud de un nuevo precepto legal, puesto que, aun sin necesidad de tal revocatoria, la exoneración dejó de regir para quienes la gozaban, por causa de la nueva ley. O sea que la derogatoria oficiosa y expresa de una providencia gubernamental de esa índole por obra de quien la expidió es un acto legítimo, así lo hagan de plano, aunque a todas luces resulte superfluo".

"Referente a la solicitud de aceptación de pago de impuestos mediante libranza formulada por la compañía actora la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales mediante concepto No. 19784 del 24 de agosto de 1989 manifestó en uno de sus apartes:

"En consecuencia, toda cláusula pactada sobre aspectos tributarios, está sujeta a las modificaciones que al respecto imponga la ley, salvo disposición expresa y en sentido contrario hecha por el mismo legislador. Es tan claro este postulado, que el mismo decreto 653 de 1953, así lo consagró expresamente en su artículo 4o. al decir, refiriéndose a los contratos que se celebrarían por un término máximo de 20 años, entre la Nación y las Compañías mencionadas, que "lo anterior se entenderá sin perjuicio de la fecha de vigencia del presente Decreto". Así, la vigencia de los contratos no podía efectuar ni prolongar la vigencia del Decreto.

"Sean los anteriores argumentos suficientes para solicitar en forma comedida, la revocación de la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, en la que al decidir una acción contractual, se efectúan ordenamientos propios de un proceso de carácter tributario" (fl. 272-275, C. 1).

– III –

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

Dentro del término que la ley brinda para alegar, lo hizo dentro del siguiente marco:

Ley de fomento al servicio público de energía eléctrica

"El Decreto Legislativo No. 653 de 1953 "por el cual se fomenta el servicio público de energía eléctrica", estableció diversos beneficios tributarios en favor de las compañías privadas que presten este servicio público, beneficios entre los cuales se incluyó el derecho de tales compañías a pagar el impuesto anual de renta por medio de libranzas a favor de la Nación, con vencimiento a veinte años e intereses anuales del 3%, instrumentos con los cuales queda hecho el pago de los impuestos sobre la renta por un valor igual al valor nominal de las libranzas, y la respectiva administración de Hacienda Nacional "entregará a las compañías que las emitan el recibo de caja que usualmente se entrega a los contribuyentes para comprobar la cancelación de los impuestos" (artículo 2o.).

"Para los efectos de este beneficio tributario dispuso el Artículo 4o. del decreto que "el Gobierno Nacional representado por los Ministros de Fomento y de Hacienda y Crédito Público, procederá a celebrar contratos por un término que no exceda de 20 años, con las compañías a que se refiere el artículo segundo de este Decreto, en que consten los derechos y obligaciones de que trata dicha disposición".

"La expedición de esta norma legal obedeció, como lo dice el título del decreto, a la Política de Estado de fomentar la prestación del servicio público de energía eléctrica por parte de empresas privadas, ante la incapacidad financiera del mismo Estado de atender completamente a las necesidades del desarrollo nacional en materia de energía eléctrica por medio de sus empresas oficiales.

"Este Decreto Legislativo fue adoptado como legislación permanente por el artículo 1o. de la ley 41 de 1961.

"II. COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A.

"Esta sociedad anónima de derecho privado, cuyo objeto social es la prestación del servicio público de energía eléctrica en el municipio de Tuluá, Departamento del Valle del Cauca, fue constituida por un grupo de personas particulares de esa localidad por medio de la escritura pública No. 376 de 21 de septiembre de 1920, de la Notaría Unica del Círculo de Tuluá y ha tenido diversas reformas estatutarias posteriores de las cuales la última consta en la escritura pública No. 1.822 de 22 de julio de 1988, de la Notaría Segunda de la misma ciudad, conservando siempre su naturaleza de sociedad comercial de derecho privado, y se encuentra matriculada en la Cámara de Comercio de Tuluá bajo el No. 36-000-160-4, todo lo cual se acreditó con el respectivo certificado de la Cámara de Comercio de Tuluá que se adjuntó a la demanda.

"III. CONTRATO ENTRE LA NACION Y LA COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A.

"En cumplimiento a las disposiciones del mencionado Decreto Legislativo No. 0653 de 1953, con fecha 19 de noviembre de 1973 se suscribió un contrato entre la Nación, Gobierno Nacional, representado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas de aquel entonces, y la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., por el cual se reconocieron a dicha sociedad los beneficios tributarios establecidos por el Decreto Legislativo No. 0653 de 1953 a las compañías privadas dedicadas permanentemente a la prestación del servicio público de energía eléctrica, contrato que se protocolizó con la escritura pública No. 309 de 28 de febrero de 1974, de la Notaría Segunda del Círculo de Tuluá, cuya copia notarial se acompañó también a la demanda, transcribiéndose la totalidad del contrato en el texto del hecho tercero de la misma.

"En la cláusula segunda de este contrato consta la siguiente estipulación:

"SEGUNDA: Por otra parte durante el término de este contrato, la COMPAÑIA pagará los impuestos sobre la renta anualmente y en la oportunidad en que son o sean exigibles, por medio de libranzas que individualmente serán emitidas cada una de veinte (20) años de plazo. Las libranzas serán emitidas por el valor total de los impuestos sobre la renta causados en el año anterior, principiando por los correspondientes al añ de 1973. Con la entrega de tales libranzas por la COMPAÑIA, queda hecho el pago de los impuestos sobre la renta por un valor igual al valor nominal de las libranzas y la Administración de Hacienda Nacional del Valle o la Oficina de Hacienda Nacional, llamada en lo futuro a exigir los impuestos sobre la renta, entregará a la COMPAÑIA contra la entrega de tales libranzas el recibo de caja que usualmente se entrega a los contribuyentes para comprobar la cancelación de los impuestos. En caso de que la COMPAÑIA no otorgue oportunamente las libranzas, se causarán los intereses moratorios previstos en las normas legales respectivas para el no pago oportuno de los impuestos, intereses que deberán pagarse en efectivo y son exigibles por la vía ejecutiva".

"En la Cláusula Quinta del contrato se estipuló que "la COMPAÑIA invertirá en sus obras de ensanche o mejoramiento de sus empresas de energía eléctrica los fondos correspondientes a las libranzas emitidas para el pago de los impuestos sobre la renta, de acuerdo con las necesidades que ella aprecie acerca de ampliaciones y mejoras dentro del respectivo Municipio", siendo ésta precisamente la justificación del beneficio tributario de fomento del Decreto Legislativo No. 0653 de 1953.

"En la cláusula séptima se dispuso que "este contrato queda celebrado por un término de veinte (20) años que comienza a contarse desde el día 12 de

marzo de 1973", o sea que el término de duración se pactó hasta el día 12 de marzo de 1993.

"A su vez, en la Cláusula Octava se estableció el modelo de las libranzas que habrían de emitirse para el pago de los impuestos de renta durante los veinte años de duración del contrato y allí se dice expresamente que tales libranzas se harán a favor de "la Tesorería General de la República, o a su orden".

"Por último, y en cuanto es pertinente a esta controversia contractual, se estableció la cláusula de caducidad administrativa en los siguientes términos:

"NOVENA.– El GOBIERNO podrá declarar administrativamente la caducidad del presente contrato en los casos previstos en la ley, y además cuando la COMPAÑIA pierda o abandone su condición de Empresa de Servicio Público, en el caso de que la COMPAÑIA no invierta en obras de ensanche o mejoramiento de sus empresas de enegía eléctrica los fondos correspondientes a las libranzas emitidas para el pago del impuesto sobre la renta, según lo estipulado en la cláusula 5a. La declaración administrativa de caducidad no se hará sin que previamente se notifiquen legalmente al representante de la COMPAÑIA las cláusulas que se aleguen. La COMPAÑIA dispondrá de un término de 90 días contados desde que queda hecha la notificación respectiva para rectificar o subsanar las faltas de que se le acusa o formular su defensa".

"Del análisis de la naturaleza de este contrato se llega a la conclusión de que no corresponde a un contrato administrativo, por no encontrarse su objeto dentro de la clasificación taxativa del artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983, que define expresamente cuáles son los contratos administrativos, sino a un contrato privado de la Administración. Pero, por incluir la cláusula de caducidad, como ya se ha visto, el conocimiento de los litigios que de él se deriven corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con el parágrafo del artículo 17 del mismo decreto, según el cual "la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiera pactado la cláusula de caducidad", disposición esta última que fue ratificada por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, cuyo texto actual, de acuerdo con el art. 17 del Decreto-Ley 2304 de 1989, es el siguiente:

"**Artículo 87.– De las Controversias Contractuales.–** Cualesquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsale e indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones".

"IV. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR AMBAS PARTES CONTRATANTES.

"A partir de 1973 y hasta el año de 1987, en todas las vigencias fiscales anuales tanto la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cumplieron las obligaciones que les imponía el contrato materia de este proceso, y la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. efectuó sus pagos anuales de impuestos de renta por medio de libranzas a favor de la Tesorería General de la República, que eran entregadas a la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, oficina que a su vez le expedía a la Compañía los recibos oficiales de pago en forma igual a los demás contribuyentes.

"Este hecho del cumplimiento del contrato en cuanto al pago de los impuestos de renta por medio de libranzas y expedición de los recibos de pago por parte de la dependencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Tuluá, lo demostró la Compañía dentro del proceso con prueba documental acompañada a la demanda, como son las copias auténticas de la declaraciones de renta de la Compañía y las libranzas a favor de la Tesorería General de la República entregadas a la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá y recibidas por esta Oficina por los años gravables de 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985 y 1986, numerales 6 a 42 de la relación de documentos acompañados a la demanda, o sea que los pagos de impuestos por medio de libranzas se acreditaron por el período continuo de siete (7) años (1980-1986). Sobre estas pruebas de pago, que figuran como hecho Cuarto de la demanda, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro del proceso formuló la crítica de que solo se acreditaban los pagos a partir del año de 1980, cuando el contrato es de 19 de noviembre de 1973, crítica que carece en absoluto de efectos procesales si se acude como fundamento legal el artículo 1628 del Código Civil, según el cual "en los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos, hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor". Y en el presente caso los comprobantes de pago se presentaron no por tres períodos, como lo exige el Código Civil, sino por siete períodos fiscales consecutivos, comprendidos de 1980 a 1986. En consecuencia, ha de tenerse probado el cumplimiento del contrato por todas las vigencias anuales transcurridas entre su iniciación el 12 de marzo de 1973 y hasta la anualidad de 1986, con base legal en el citado artículo 1628 del Código Civil.

"V. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

"El incumplimiento del contrato objeto de esta controversia por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se efectuó en varias etapas sucesivas

y en relación con los pagos de impuestos de renta de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. por las vigencias fiscales de 1987 y 1988, así:

Primero.– Declaración de renta e impuestos por el año de 1987.– En 1988 entraron a regir las disposiciones de los artículos 127 del Decreto Extraordinario 2503 de 1987 y 1o. del Decreto Reglamentario 88 de 1988, según las cuales en adelante las declaraciones de renta y patrimonio debían ser entregadas no ya en las Administraciones de Impuestos Nacionales sino en los Bancos Comerciales y en esos mismos Bancos debían ser también pagados los correspondientes impuestos de renta, tal como hasta ahora ha venido ocurriendo pues el sistema no ha sido modificado. En obedecimiento a estas disposiciones, la Compañía de Electricidaad de Tuluá S.A. entregó su declaración de impuestos de renta y patrimonio por el año gravable de 1987 al Banco de Occidente, Sucursal de Tuluá, entrega que hizo el 21 de junio de 1988 y el Banco recibió y selló la declaración, cuyos impuestos ascendieron a $101.951.000.oo. Sin embargo, el Banco se abstuvo de recibir como pago la libranza No. 72 de la misma fecha y por el valor igual a los impuestos declarados, que a favor de la Tesorería General de la República emitió la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., por no estar los Bancos autorizados sino para recibir pagos de impuestos en dinero efectivo. El Gerente de la sociedad buscó entonces efectuar la entrega de la libranza a la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tuluá, oficina donde se habían entregado todas las libranzas de los años anteriores, pero dicha Administración no quiso recibirla alegando que tenía instrucciones de la Dirección General de Impuestos Nacionales de no aceptar a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. más pagos de impuestos de renta con las indicadas libranzas. En estas condiciones, y en ese mismo día 21 de junio de 1988, la Compañía entregó al Banco Popular, Sucursal de Tuluá, la libranza No. 72 de esa fecha por la suma de $101.951.000.oo, a favor de la Tesorería General de la República, correspondiente al impuesto de renta liquidado en su declaración por la vigencia de 1987, y el Banco envió el instrumento a dicha Tesorería, recibiendo posteriormente la confirmación de la entrega.

"Dentro del proceso y por haber sido presentadas como pruebas con la demanda y aceptadas como tales, obran en los numerales 43, 44, 45, 46 y 59 de la relación de documentos las copias autenticadas de la declaración de renta y patrimonio de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. por el año gravable de 1987, entregada al Banco de Occidente de Tuluá; de la libranza No. 72 de junio 21 de 1988 a favor de la Tesorería General de la República, con la certificación de la misma fecha del Banco Popular, Sucursal de Tuluá, sobre su recibo y envío a la Tesorería General de la República; del recibo del Banco de Occidente por valor de $2.378.857.oo, por intereses de la referida libranza para la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tuluá y del Oficio de la Tesorería General de la República al Banco Popular de Tuluá con la confirmación de recibo de la libranza en referencia.

"Segundo.– Explicaciones de la Dirección General de Impuestos Nacionales.– En el mes de octubre de 1988, la Jefe de la División de Doctrina Tributaria, Subdirección Jurídica, Dirección General de Impuestos Nacionales, envió a la Compañía de Electricidad de Tuluá el Oficio No. 019866 de 3 de octubre de 1988, que en copia auténtica se acompañó a la demanda en el numeral 61 de la relación de documentos, en el cual la funcionaria da las siguientes explicaciones: "De conformidad con lo expuesto, como el pago del impuesto de renta por medio de libranzas emitidas individualmente cada una a veinte (20) años de plazo representa una facilidad para el pago, se somete a las normas vigentes que regulan el tema y debe entenderse que el artículo 2o. del Decreto 0653 de 1953 fue derogado tácitamente por la Ley 20 de 1979, artículo 33, que reguló la materia de acuerdos de pago del impuesto sobre la renta y complementarios, para todos los contribuyentes; en consecuencia no es posible aceptar el pago de impuestos de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., por medio de libranzas, pues este tipo de garantías han sido reglamentadas de tal forma que deben ir acompañadas de una serie de requisitos para que puedan ser aceptadas, dentro del sistema de Acuerdo de Pago, en el año 79". Y concluyó su comunicación la funcionaria con la referencia al contrato existente entre el Gobierno Nacional y la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., sobre aplicación del Decreto Legislativo 0653 de 1953, en los siguientes términos: "La voluntad de los contratantes no puede supeditar la del legislador, ni puede tampoco un contrato otorgar efectos ultra-activos a una ley. Así, el término de veinte años estipulado en el contrato, es un término máximo, pero no significa que antes de vencer el mismo, no puede dejar de producir efectos el contrato, por el hecho de haber salido del ordenamiento jurídico la norma que le daba fundamento. No por ello se violan derechos adquiridos, porque respecto de los años gravables posteriores a la derogatoria, no existían sino simples expectativas y no situaciones jurídicas concretas".

"Para comprobar la falta de fundamentación jurídica de este precepto, basta con transcribir la primera parte del citado artículo 33 de la Ley 20 de 1979, que a la letra dice: "**Artículo 33.** El Ministro de Hacienda y Crédito Público, por medio de Resoluciones que suscribirán el Ministerio de Hacienda, el Secretario General y el Director General de Impuestos Nacionales, podrá conceder plazos para el pago del impuesto sobre la renta y complementarios hasta por cinco años sobre las deudas exigibles a la fecha de vigencia de esta ley, buscando que los plazos más amplios se otorguen a aquellos deudores de menores recursos y siempre y cuando el deudor ofrezca garantías reales satisfactorias o garantía bancaria o de Compañía de Seguro". **Este artículo 33 de la Ley 20 de 1979, como su texto lo dice, es una norma para los deudores morosos de impuestos de renta y complementarios existentes a la vigencia de dicha ley** y que se quisieran acoger a nuevos plazos para el pago hasta por cinco años y obtener certificado de paz y salvo. Por eso sorprende la inexactitud jurídica de este

concepto de la funcionaria del Ministerio de Hacienda, al pretender que una norma que se refiere exclusivamente a los deudores de impuestos a la fecha de la vigencia de la Ley 20 de 1973, sea tenida como aplicable a las sociedades privadas de prestación del servicio de energía eléctrica, para sustituir el beneficio tributario concedido a dichas sociedades de pagar los impuestos de renta con libranzas a veinte años de plazo autorizado por el artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953. En los fundamentos de derecho de las pretensiones de la demanda se amplían estas graves críticas al concepto en referencia, analizándolo en todos sus aspectos, con argumentos que, en aras de la economía procesal, no son del caso volver a transcribir dentro de este alegato de conclusión, pero que los H. Magistrados podrán apreciar en su justo valor, sentando aquí únicamente la conclusión básica de que el artículo 33 de la Ley 20 de 1979, sobre plazos a deudores morosos de impuestos de renta y complementarios en 1979 no puede jamás considerarse en derecho como una derogatoria tácita del beneficio tributario concedido por el artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953 a las empresas privadas de energía eléctrica de pagar los impuestos de renta con libranza a favor de la Nación y como un medio de fomento para facilitarles la inversión de las sumas correspondientes a tales impuestos en ensanche y mejoramiento del servicio público de energía eléctrica.

"Respecto a la tesis de la funcionaria del Ministerio de Hacienda de que el artículo 33 de la Ley 20 de 1979 que se ha transcrito, **"deroga tácitamente"** al artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953, como esta es una interpretación que se sale de las normas básicas de la ley, conviene acudir al título preliminar del Código Civil, que en el capítulo sobre derogación de las leyes establece en su artículo 71:

"Artículo 71.– La dergación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

"Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

"Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".

"Es muy clara la norma transcrita de que la derogatoria tácita de una ley solo se produce cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con la ley anterior, lo cúal no es la situación que se estudia, puesto que el artículo 33 de la Ley 20 de 1979, sobre formas especiales de pago para ser pactadas con deudores morosos de impuestos, por referirse a materia distinta a la del Decreto Legislativo 0653 de 1953, como ya se ha dicho, es compatible en su vigencia con la existencia legal de la norma anterior.

"En conclusión, el artículo 33 de la Ley 20 de 1979 no derogó ni expresa ni tácitamente el art. 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953, por lo cual el

concepto de la funcionaria de la Dirección General de Impuestos Nacionales es jurídicamente inaceptable.

"Tercero.– Declaración de renta e impuestos por el año 1988.– La misma situación descrita en el punto anterior se presentó a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. al cumplir con sus obligaciones de impuesto de renta por el año gravable de 1988, dentro de las estipulaciones consagradas en el contrato de 19 de noviembre de 1973 suscrito por la Compañía con la Nación, Gobierno Nacional, Ministerios de Hacienda y Credito Público y de Obras Públicas, en cuanto al reconocimiento a la sociedad de los beneficios tributarios del Decreto Legislativo 0653 de 1953, sobre fomento a las compañías privadas de prestación del servicio público de energía eléctrica, para atender financieramente a las obras de ensanche y mejoramiento del servicio público a su cargo, obligaciones fiscales que se cumplieron en la siguiente forma:

"1o. El día 1o. de junio de 1989, la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., entregó al Banco de Occidente su declaración de impuestos de renta por el año gravable de 1988, con un total a pagar de $186.651.000.oo, que incluyó el anticipo de 1989.

"2o. Entrega a la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, con la comunicación No. CAPV/184-559 del mismo día 1o. de junio de 1989, de la libranza No. 73 de esa fecha, a favor de la Tesorería General de la República, por $186.651.000.oo, suma igual al impuesto de renta liquidado por el año de 1988 y anticipo de 1989, todo ello de acuerdo con el Decreto Legislativo 0653 de 1953 y el contrato celebrado con la Nación a que se refiere este proceso.

"3o. Devolución, en la misma fecha, a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. de la citada libranza No. 73, por parte del Administrador de Impuestos Nacionales de Tuluá, con Oficio No. 066 de junio 1o. de 1989, en el cual se alega en respaldo a la devolución de la libranza las instrucciones de la Dirección de Impuestos Nacionales y el concepto de esa dependencia sobre la derogatoria del artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953, cuya insuficiencia e inexactitud jurídicos ya se han analizado.

"4o. Entrega por el Gerente de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. al Banco Popular de Tuluá, el mismo día 1o. de junio de 1989, de la libranza No. 73 devuelta por el Administrador de Impuestos Nacionales de Tuluá, para ser enviada a la Tesorería General de la República, todo ello con la comunicación No. CAPV/191-689 de la misma fecha, y con la finalidad de cumplimiento del contrato.

"5o. Certificado del 2 de junio de 1989 del Banco Popular de Tuluá sobre el recibo de esta libranza y su envío a la Tesorería General de la República, entidad que

acreditó el recibo de las libranzas No. 72 y 73 en Oficio No. 89-1589 de julio 24 de 1989, dirigido al Banco Popular de Tuluá.

"6o. Desde el 1o. de junio de 1989, la Compañía de Electricidad de Tuluá pagó en el Banco de Occidente de esa ciudad, con recibo oficial de la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, la suma de $4.666.275.oo, por concepto de intereses de la indicada libranza No. 73, y en cumplimiento al Decreto Legislativo 0653 de 1953 y a las cláusulas especiales del contrato celebrado con la Nación.

"Los hechos relacionados bajo los numerales 1 a 6, que anteceden, fueron demostrados dentro del proceso con prueba documental auténtica presentada con la demanda bajo los numerales 47, 48, 49, 50, 52 y 59 de la relación de documentos.

"Cuarto.– Cumplimiento de la Compañía a sus obligaciones tributarias por 1987 y 1988.– En la forma expuesta en los ordinales primero y tercero del presente capítulo de este alegato de conclusión, la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. cumplió con las obligaciones tributarias por concepto de impuestos de renta por los años gravables de 1987 y 1988, en su oportunidad legal, y según la forma especial de pago establecidas en el art. 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953 y al tenor de las estipulaciones del contrato con la Nación objeto de este proceso, salvando así los obstáculos que para su cumplimiento le interpuso la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tuluá.

"Quinto.– Solicitud de cumplimiento del contrato.– Con fecha 8 de junio de 1989, el Gerente de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. se dirigió en un extenso y documentado memorial al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en el cual y en relación con las declaraciones de renta de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. por los años de 1987 y 1988 y el pago de los respectivos impuestos de renta, se solicitaba al señor Ministro que en cumplimiento al Decreto Legislativo 0653 de 1953 y al Contrato de 19 de noviembre de 1973, diera órdenes al administrador de Impuestos Nacionales de Tuluá para que expidiera a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. los recibos oficiales de pago de los impuestos de renta por las vigencias de 1987 y 1988 y, además, se instruyera a dicho funcionario para que continuara recibiendo los pagos de los impuestos de renta de la compañía con las referidas libranzas a favor de la Tesorería General de la República, hasta el 12 de marzo de 1993, fecha de vencimiento del contrato. De este memorial se entregó copia a la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público nunca dio respuesta a la petición de que se cumpliera el contrato, ni impartió órdenes en tal sentido al administrador de Impuestos Nacionales de Tuluá. Por el contrario, el Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales, se dirigió a la

Compañía en respuesta a este memorial, mediante el Oficio No. 19784, de 24 de agosto de 1989, que figura como documento No. 63 en la relación de documentos acompañados con la demanda y que fue transcrito en sus apartes principales en el Hecho Undécimo y refutado jurídicamente en el capítulo sobre fundamentos de las pretensiones del mismo escrito. Ruego a los H. Magistrados releer este punto de la demanda y su prueba, para no alargarme dentro del presente memorial de conclusión en hechos y razonamientos ampliamente expuestos en la demanda. Pero sí quiero hacer hincapié en dos puntos especiales del Oficio No. 19784 del Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales, para dejar constancia de la debilidad de los argumentos jurídicos de este funcionario en el afán de sostener que el artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953 había perdido su vigencia, a saber:

"En este oficio el Subdirector Jurídico insiste en sostener la tesis de que el artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953 había sido tácitamente derogado por el artículo 33 de la Ley 20 de 1979, lo cual, como ya se ha visto en este escrito, es completamente inexacto, pues tal artículo se refiere únicamente a los deudores morosos de impuestos de renta en el año de 1979, quienes podían celebrar convenios de pago con el Ministerio de Hacienda para buscar plazos más amplios para el pago y dando las garantías suficientes. Pero convencido el funcionario de la inexactitud de este argumento, dice a renglón seguido que la indicada Dirección General de Impuestos Nacionales no consideró del caso aplicar al contrato con la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. este criterio **"por cuanto se generaron dudas sobre la derogatoria"**, hasta que llegó "la reforma procedimental surtida mediante Decreto Extraordinario 2503 de 1987 el cual reguló íntegramente la materia y nuevamente se refiere a los acuerdos de pago (artículo 86)". Este nuevo argumento es tan desafortunado jurídicamente como el primero, pues el artículo 86 del Decreto Extraordinario 2503 de 1987, que se ha invocado a última hora, dispone: "Los Administradores de Impuestos Nacionales, por medio de resolución motivada, podrán conceder plazos hasta por cinco (5) años para el pago de los impuestos de timbre, de renta y complementarios, de ventas, la retención en la fuente, así como para el pago de los intereses y demás sanciones a que haya lugar, siempre que el deudor ofrezca garantías reales, bancarias o de compañías de seguros, a satisfacción de la Administración. Se podrán aceptar garantías personales cuando la cuantía de la deuda no sea superior a dos millones de pesos". Como puede verse con su simple lectura, este artículo 86 del Decreto 2503 de 1987, que exhibe como un arma definitiva el acucioso funcionario en su concepto, es una norma general para los deudores de toda clase de impuestos de los que recauda la Dirección General de Impuestos Nacionales y está regulando una materia completamente distinta a los beneficios tributarios concedidos a las empresas privadas de prestación del servicio público de energía eléctrica, que establece el artículo 2o. del Decreto 0653 de 1953 y no como una facilidad de pago de los impuestos de renta a los deudores morosos,

sino como una medida tributaria especial de orden económico para el fomento de dichas empresas de energía eléctrica para las finalidades de ampliación y mejor prestación de sus servicios, al poder invertir las sumas de tales impuestos en obras de ensanche y mejoramiento de la producción y distribución de energía eléctrica. En consecuencia; ni el artículo 33 de la Ley 20 de 1979, sobre el cual y con cierto pudor jurídico afirma el funcionario que se generaron dudas de que fuera derogatorio, ni el artículo 86 del Decreto 2503 de 1987, esgrimido a última hora como un argumento definitivo, derogan tácitamente el artículo 2o. de Decreto Legislativo 0653 de 1953 y por lo tanto, no afecta en ningún sentido a las relaciones contractuales establecidas entre la Nación y la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. para la aplicación de los beneficios tributarios del citado Decreto Legislativo 0653 de 1953.

"**Sexto.– Actos recaudatorios de la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tuluá.–** A partir del mes de septiembre de 1989 la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tuluá inició gestiones de cobro a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. por los impuestos de renta correspondientes a las declaraciones de los años gravables de 1987 y 1988, así:

"1o. Envío del Oficio No. 1870, de septiembre 1o. de 1989, del Jefe de la División de Cobranzas de la Administración, requiriendo a la Compañía para que en el término de diez (10) días cancelara en dinero los impuestos de renta por el año de 1987, por un valor, incluyendo los intereses de mora, de $148.828.070.oo; y las cuotas 1a. y 2a. de los impuestos de renta por el año de 1988, que con sus intereses de mora sumaban para esa fecha $133.343.475.oo, ascendiendo el total del requerimiento de cobro a la suma de $282.171.545.oo.

"2o. A este requerimiento de pago en dinero, el Gerente de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. dio respuesta al funcionario recaudador con la comunicación No. CAPV/311989 de 6 de septiembre de 1989, declarando que la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. estaba a paz y salvo con sus obligaciones tributarias por concepto de impuestos de renta por las vigencias de 1987 y 1988, por haber pagado tales impuestos con las libranzas No. 72 y 73 de junio 21 de 1988 y junio 1o. de 1989, respectivamente, expedidas a favor de la Tesorería General de la República, todo ello de conformidad con el artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953 y el contrato de 19 de noviembre de 1973, celebrado con la Nación, Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas, y protocolizado con la escritura pública No. 309 de 28 de febrero de 1974, de la Notaría Segunda del Círculo de Tuluá, que hizo extensivos a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., los beneficios tributarios contenidos en el citado Decreto Legislativo 0653 de 1953, concluyendo que, por estar a paz y salvo la Compañía por concepto de los impuestos de renta por los años de 1987

y 1988, en virtud de lo allí expuesto, "la sociedad se abstendrá de cancelar en la Administración de Impuestos de Tuluá las sumas a que se refiere su Oficio No. 1870 de septiembre 1o. de 1989".

"3o. Con fecha 24 de octubre de 1989, el Jefe de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, se dirigió nuevamente a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., en Oficio No. 1974, exigiéndole la cancelación en el término de quince (15) días de la suma de $354.896.465.oo, por concepto de impuestos de renta por los años gravables de 1987 y 1988, y los correspondientes intereses de mora, bajo el apremio de que, en caso de que no se procediera al pago, **"La Administración iniciará el correspondiente Proceso Ejecutivo por Jurisdicción Coactiva".**

"Estas comunicaciones entre la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Tuluá y la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. fueron transcritas en sus apartes principales en los hechos séptimo, octavo y noveno de la demanda y obran en copias autenticadas en los numerales 53, 54 y 60 de la relación de documentos acompañados como prueba con la demanda y aceptadas como tales dentro del proceso.

"Séptimo.– Pagos en dinero impuestos de renta por 1987 y 1988.– Ante la amenaza escrita de un proceso por jurisdicción coactiva de parte de la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, con los graves perjuicios que podría sufrir la Compañía al producirse el embargo de sus bienes. Y ante la actitud totalmente intransigente de los funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., previa liquidación de la División de Cobranzas de esa Administración, procedió el día 29 de noviembre de 1989 a pagar en dinero efectivo en el Banco de Occidente, sucursal de Tuluá, los impuestos de renta y sus correspondientes intereses de mora exigidos por la Administración, así: Año gravable de 1987, total pagado $159.777.607.oo, Recibo Oficial No. 881063297688 y año gravable de 1988, total pagado $213.379.423.oo, Recibo Oficial No. 881063297689. Fotocopias autenticadas por Notario de estos recibos se acompañaron a la demanda en los numerales 56 y 57 de la relación de documentos.

"En forma complementaria a este pago, el Gerente de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. dirigió el 13 de diciembre de 1989 la comunicación No. CAPV/ 450-1289 al señor Administrador de Impuestos Nacionales de Tuluá, acompañando las copias auténticas de los recibos de pago en dinero de los impuestos de renta por los citados años de 1987 y 1988, y dejando constancia de que se había llegado a este pago bajo la amenaza del proceso por jurisdicción coactiva, pero con el convencimiento de que la Compañía ya había cancelado los impuestos de renta por los citados años mediante la entrega a la Tesorería General de la República de las Libranzas No. 72 de 21 de junio de 1988 por $101.951.000.oo y No. 73 del

1o. de junio de 1989 por $186.651.000.oo, en cumplimiento del contrato de 19 de noviembre de 1973 celebrado entre el Gobierno Nacional, representado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas y la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. y en desarrollo del artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953, por lo cual el pago que en dinero había efectuado la Compañía era claramente un pago de lo no debido, pero al cual se había visto forzada por los hechos indicados. Copia autenticada de esta comunicación se acompañó a la demanda bajo el numeral 58 de la prueba documental que se adjuntó.

Y sea la oportunidad de agregar aquí la violencia ejercida contra la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. con la amenaza de la jurisdicción coactiva para obtener la recaudación de unos impuestos de renta que no se adeudaban, es un típico caso de abuso del derecho por parte de la entidad pública" (fl. 288-309, C-1).

- IV -

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Séptima de la Corporación, Dra. GLORIA ALDAS CALDAS, en su concepto de fondo OBSERVA:

"Al adentrarse esta Agencia Fiscal, al estudio del caso *sub-júdice,* advierte que primeramente se pronunciará sobre las excepciones propuestas por el Ministerio de Minas y Energía, como son de inexistencia de la relación causal y genérica, procediendo luego si el procedimiento lo amerita a emitir concepto sobre todo el fallo, conforme al recurso de apelación propuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"La Fiscalía está de acuerdo con los argumentos esbozados por el Ministerio de Minas y Energía, en cuanto considera que efectivamente, aunque fue una de las partes que suscribió el referido contrato, su actuación queda circunscrita o limitada, únicamente en razón a la naturaleza y calidad de la Compañía de Electricidad de Tuluá, y a la ejecución de su objeto, siendo la prestación del servicio público de energía. Mas no como se pretendió inicialmente por el demandado, como sujeto activo del incumplimiento alegado.

"Por lo tanto, le asiste razón al Ministerio de Minas y Energía, en sus alegatos formulados en el escrito de contestación de la demanda, debiéndose declarar probadas las excepciones de inexistencia de la relación causal y por ende la genérica.

"El Fondo del Negocio.

"Analizando el informativo, para esta Agencia Especial del Ministerio Público, son claros los siguientes puntos o acontecimientos:

"Que la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., es una sociedad anónima, con domicilio en la ciudad de Tuluá, Valle, constituida por escritura pública No. 376 del 21 de septiembre de 1920 de la Notaría Unica del Círculo de Tuluá, inscrita y matriculada en la Cámara de Comercio de esta ciudad el 2 de mayo de 1985, representada por su gerente general (fl. 5 a 12).

"Su objeto social lo constituye la producción, distribución, compra y venta de energía eléctrica, con destino entre otras, al alumbrado público. Dotada igualmente de permiso de funcionamiento, expedido por la Superintendencia de Sociedades, mediante Resolución No. 00114 del 12 de enero de 1984 (fl. 5 a 9).

"Dicha Compañía, suscribió el 19 de noviembre de 1973 con la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía, un contrato de derecho privado dotado de cláusula de caducidad, fundado legalmente en el art. 4o. del Decreto Legislativo No. 0653 del 12 de marzo de 1953, por el cual según la naturaleza de esta Compañía, se hallaba dentro del régimen de prerrogativas y exenciones establecidas en este Decreto.

"Que el documento del contrato fue protocolizado por las partes intervinientes, en la Notaría Unica del Círculo de Tuluá el 28 de febrer de 1974 (fl. 13).

"Que las ventajas y exenciones concedidas a la Compañía Actora, fueron consagradas en la cláusula 1o. así:

"PRIMERA: LA COMPAÑIA queda exenta de los siguientes impuestos y obligaciones a) Del impuesto complementario sobre el patrimonio; b) De otros impuestos nacionales que, de acuerdo con normas de carácter general, no paguen las empresas oficiales de energía eléctrica de servicio público; c) De las inversiones forzosas decretadas por el Gobierno Nacional, inclusive del impuesto 2 1/2% que se liquida con destino a la Empresa Siderúrgica de Paz del Río S.A.; d) De los derechos de aduana y sus recargos sobre maquinarias con sus respectivos accesorios, destinados exclusivamente al uso de la COMPAÑIA, objeto que se importen amparados por esta exención no podrán darse a la venta ni negociarse sin previa autorización del Ministerio de Obras Públicas. Se hace constar que la exoneración de que trata la presente cláusula a la COMPAÑIA del pago de todos los impuestos, derechos o inversiones vigentes en la actualidad según las disposiciones legales y reglamentarias en rigor, y también del pago de aquellos impuestos, derechos o inversones forzosas que se instituyan en el futuro y que no afecten a las entidades oficiales de energía eléctrica.

"En la cláusula segunda, se pactó:

"SEGUNDA: Por otra parte durante el término de este contrato, la COMPAÑIA pagará los impuestos sobre la renta anualmente y en la oportunidad en que estén

o sean exigibles, por medio de libranzas que individualmente serán emitidas cada una de veinte (20) años de plazo. Las libranzas serán emitidas por el valor total de los impuestos sobre la renta causada en el año anterior. Principalmente por los correspondientes al año de 1973.

"Con la entrega de tales libranzas por la COMPAÑIA, queda hecho el pago de los impuestos sobre la renta por un valor igual al valor nominal de las libranzas y la Administración de Hacienda Nacional del Valle o la Oficina de Hacienda Nacional, llamada en lo futuro a exigir los impuestos sobre renta, entregará a la COMPAÑIA contra la entrega de tales libranzas el recibo de caja que usualmente se entrega a los contribuyentes para comprobar la cancelación de los impuestos. En caso de que la COMPAÑIA no otorgue oportunamente las libranzas se causarán los intereses moratorios previstos en las normas legales respectivas para el no pago oportuno de los impuestos, intereses que deberán pagarse en efectivo y son exigibles por la vía ejecutiva.

"Lo referente a las libranzas, expedición, términos, plazo e intereses, éstas quedaron suscritas en la cláusula tercera, que es del siguiente tenor:

"TERCERA: Las libranzas de que se habla en la cláusula segunda precedente se expedirán individualmente, según el modelo que se inserta en este contrato. Llevarán la fecha del día en que se extiendan y cada una de ellas tendrá un plazo de vencimiento de veinte (20) años contados desde la fecha de su expedición. Tales libranzas pagarán un interés del tres por cient (3%) al año" (fl. 13 a 14 vto.).

"Suscrito y protocolizado el contrato la Compañía actora, haciendo uso de sus beneficios a ella otorgados, pagó en la ciudad de Tuluá el valor del impuesto de renta por medio de libranzas así: No. 55, marzo 10 de 1981 por ($1.498.054.oo) fl. 20 a 21; No. 56 se anexó recibo expedido por Impuestos Nacionales de mayo 11 de 1981 (fl. 24); No. 57, octubre 21 de 1981 por ($280.957.oo) fl. 25; No. 58, abril 19 de 1982 por ($3.124.119.oo) fl. 35 a 36; No. 59, abril 21 de 1982 por ($13.462.535.oio) y fl. 37 y 38; No. 60, de octubre 21 de 1982 por ($927.450.oo) fl. 39 y 40; No. 61, diciembre 1 de 1982 por ($146.029.oo) fl. 19 y 20; No. 62, mayo 10 de 1983 por ($3.890.434.oo) fl. 51y 52; de esta manera sucesivamente hasta la libranza No. 72 de junio 21 de 1988 por ($101.951.oo) entregada en el Banco Popular de Tuluá y No. 73 de junio 1 de 1989 entregada en el mismo banco por un valor de ($186.651.oo) fl. 74 a 76 y 94.

"Mediante Oficio No. 26387 de noviembre 9 de 1989, la Dirección General de Impuestos Nacionales, informa a la sociedad entre otras cosas lo siguiente: "... teniendo en cuenta que la imposibilidad jurídica de aceptar el pago del impuesto de renta mediante libranza, deriva de una interpretación de las normas tributarias pertinentes, de las cuales se concluye que operó una derogatoria tácita de las disposiciones que consagraban dicha posibilidad de pago, consideramos que

ciertamente el citado oficio del Subdirector Jurídico ha de tenerse como respuesta a la solicitud por usted formulada" (fl. 104).

"El 24 de agosto de 1989 esta entidad, comunica a la sociedad actora, la ratificación del concepto del 31 de octubre de 1988 emitido por esta Dirección, arguyendo que el Decreto Legislativo 0653 de 1953 se encuentra tácitamente derogado, conforme a los principios consagrados en los art. 2 y 3 de la Ley 153 de 1887.

"Los Oficios que la parte actora contesta, refutando los argumentos esgrimidos por el demandado, con base en la existencia de una relación contractual vigente entre las partes, cuya duración es de veinte (20) años.

"Así las cosas, para esta Fiscalía es claro, que el convenio del que se deriva la *litis* planteada, es un contrato de derecho privado de la administración, dotado de cláusula de caducidad, conforme lo estipula el art. 17 del Decreto 222 de 1983 y el Decreto 01 de 1984 del C.C.A.

"Que de la lectura del texto del contrato, la legislación y criterios vigentes para la época en que se suscribió el 19 de noviembre de 1973, y al ser expedido el Decreto 528 de 1964, las controversias derivadas de los contratos privados dotados de la cláusula exorbitante de caducidad, pasan a ser de conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, teniendo en cuenta además ya desde esa época, para esta clasificación, el criterio del servicio público.

"Dilucidado el problema de naturaleza y clasificación del contrato y el de la competencia asignada a esta jurisdicción para dirimir el conflicto presentado, pasa esta Agencia del Ministerio Público a analizar la vigencia o no del mismo, posiciones defendidas con argumentos valederos por las partes.

"Desde ya diremos que compartimos plenamente los argumentos esbozados por la compañía actora, en cuanto a que el contrato celebrado es ley para las partes y que para la época de su elaboración, éste se suscribió con fundamento en una normatividad vigente, como es el Decreto Legislativo No. 0653 de 1953, que dice:

"DECRETO 0653 de 1953 (marzo 12)

"...

"Artículo 2o. Las compañías privadas de energía eléctrica de servicios públicos que operen en Colombia podrán pagar el impuesto sobre la renta por medio de libranzas que individualmente serán emitidas cada una a veinte (20) años de plazo. Con la entrega de tales libranzas por estas compañías, queda hecho el pago del impuesto sobre la renta por un valor igual al valor nominal de la misma y la Administración de Hacienda Nacional respectiva entregará a las compañías que

las emitan el recibo de caja que usualmente se entrega a los contribuyentes para comprobar la cancelación de los impuestos.

"Las libranzas serán emitidas por el valor total del impuesto sobre la renta causado en el año anterior, principiando por el correspondiente al año gravable de 1953. Las compañías que emitan tales libranzas quedan comprometidas a invertir en obras de ensanche o mejoramiento de sus empresas de energía eléctrica los fondos correspondientes, de acuerdo con las necesidades del respectivo municipio. Podrán también, con previa autorización del Ministerio de Fomento, hacer inversiones en nuevas instalaciones de energía eléctrica en cualquier región del país.

"Estas libranzas pagarán un interés no mayor del 3% al año. Los intereses serán pagados anualmente, durante el mes de marzo.

"Las compañías que emitan las libranzas a que se refiere este artículo, tendrán el derecho de redimirlas en todo o en parte, en cualquier momento antes de su vencimiento mediante el pago al tenedor del valor nominal de las mismas (o aquella parte de su valor nominal que se propone redimir), más los intereses acumulados y no pagados hasta ese momento sobre el importe así redimido.

"Artículo 3o. Tendrán derecho a la exención prevista en el inciso a) del artículo primero, los actuales y futuros acreedores domiciliados en el extranjero de cualquiera compañía eléctrica de servicio público que opere en Colombia, en lo correspondiente a sus inversiones a largo plazo y otros préstamos destinados a los negocios de tales compañías en Colombia.

"Artículo 4o. El Gobierno Nacional representado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público, procederán a celebrar contratos por un término que no exceda de 20 años, con las compañías a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, en que consten los derechos y obligaciones de que trata dicha disposición. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la fecha, de vigencia del presente Decreto...".

"La celebración de un convenio de voluntades, como es el contrato en cuestión o cualquier otro, es obligatorio para las partes que contribuyan a su formación, o sea para los intervinientes, para los contratantes. Obligatoriedad que se encuentra presente en el art. 1602 del Código Civil que es del siguiente tenor:

"TITULO XXI

DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

"Art. 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

"De todos es sabido, que en virtud del principio de irretroactividad de las leyes, los contratos no pueden ser regidos por una ley expedida con posterioridad a su celebración, como lo pretende demostrar el demandado. Al respecto el H. Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones ha sostenido que las relaciones jurídicas nacidas en el pasado se rigen por las leyes vigentes para esa época y no por normas posteriores.

"Debió entonces, la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, declarar la caducidad administrativa del contrato, si a bien lo tenía, conforme lo estipula la cláusula novena y no quitarle o cercenarle por medio de conceptos emitidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, el derecho de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., de pagar el Impuesto de Renta por medio de libranzas, derecho que venía gozando por estar pactado y reconocido en un contrato legal y celebrado por las partes.

"Surge entonces, la conducta traducida en incumplimiento por parte de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al negarle a la Compañía actora, un derecho adquirido y plasmado en un contrato, como fueron las prerrogativas y exenciones provenientes de este acuerdo de voluntades, legalmente celebrado, fundadas en un Decreto Legislativo vigente para la época de su celebración.

"En estas condiciones, esta Agencia Fiscal se encuentra de acuerdo con las razones esgrimidas por el *a-quo,* en el sentido de que si en un momento dado, el contrato celebrado era lesivo para la Nación, debió entonces declararse la caducidad de éste, situación que no se presentó, sino por el contrario, de manera arbitraria, la Nación le quitó a la Compañía de Electricidad demandante, un derecho legalmente adquirido y pactado en un contrato, en un acuerdo de voluntades.

"CONCLUSION

"Por las razones aducidas en este concepto, la Fiscalía de acuerdo con los argumentos esbozados por el Tribunal de Primera Instancia, solicita comedidamente a los H. Consejeros de Estado, la CONFIRMACION INTEGRAL de la sentencia que por apelación se revisa" (fl. 339-347, C. 1).

- V -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algún ajuste, de universo económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub-exámine* quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias legales y particulares del caso:

PRIMERA. Que por medio del Decreto Legislativo No. 0653 de 12 de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), adoptado como legislación permanente por el artículo 1o. de la Ley 141 de 1961, se dispuso:

"Artículo 2o.

"Las Compañías privadas de energía eléctrica de servicio público que operen en Colombia podrán pagar el impuesto sobre la renta por medio de libranzas que individualmente serán emitidas cada una a veinte (20) años de plazo. Con la entrega de tales libranzas por estas compañías, queda hecho el pago del impuesto sobre la renta por un valor igual al valor nominal de las mismas y la Administración de Hacienda Nacional respectiva entregará a las compañías que las emitan el recibo de caja que usualmente se entrega a los contribuyentes para comprobar la cancelación de los impuestos.

Las libranzas serán emitidas por el valor total del impuesto sobre la renta causado en el año anterior, principiando por el correspondiente al año gravable de 1953. Las compañías que emitan tales libranzas quedan comprometidas a invertir en obras de ensanche o mejoramiento de sus empresas de energía eléctrica los fondos correspondientes, de acuerdo con las necesidades del respectivo municipio. Podrán también, con previa autorización del Ministro de Fomento, hacer inversiones en nuevas instalaciones de energía eléctrica en cualquier región del país.

"Estas libranzas pagarán un interés no mayor del 3% al año. Los intereses serán pagados anualmente, durante el mes de marzo.

"Las compañías que emitan las libranzas a que se refiere este artículo, tendrán el derecho de redimirlas en todo o en parte, en cualquier momento, antes de su vencimiento mediante el pago al tenedor del valor nominal de las mismas (o aquella parte de su valor nominal que se propone redimir), más los intereses acumulados y no pagados hasta ese momento sobre el importe así redimido".

SEGUNDA. Que en desarrollo de la normatividad anterior, el Gobierno Nacional, representado por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Dr. LUIS FERNANDO ECHAVARRIA, y el representante de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., suscribieron el día 19 de noviembre de 1973, el contrato que obra a folios 115 y siguientes del Cuaderno No. 1, en cuyas cláusulas las partes acordaron:

"PRIMERA: LA COMPAÑIA queda exenta de los siguientes impuestos y obligaciones: a) Del impuesto complementario sobre el patrimonio; b) De otros impuestos nacionales que, de acuerdo con normas de carácter general, no paguen las empresas oficiales de energía eléctrica de servicio público; c) De las inversiones forzosas decretadas por el Gobierno Nacional; inclusive del impuesto

del 2 1/2% que se liquida con destino a la Empresa Siderúrgica de Paz del Río S.A.; d) De los derechos de aduana y sus recargos sobre maquinarias con sus respectivos accesorios, destinados exclusivamente al uso de la COMPAÑIA objetos que se importen amparados por esta exención no podrán darse a la venta ni negociarse sin previa autorización del Ministerio de Obras (ilegible). Se hace constar que la exoneración de que trata la presente cláusula (ilegible) a la COMPAÑIA del pago de todos los impuestos, derechos o inversiones (ilegible) vigentes en la actualidad, según las disposiciones legales y reglamentarias en vigor, y también del pago de aquellos impuestos, derechos o inversiones forzosas que se instituyan en lo futuro y que no afectan a las empresas oficiales de energía eléctrica.

"SEGUNDA: Por otra parte durante el término de este contrato, la COMPAÑIA pagará los impuestos sobre la renta anualmente y en la oportunidad en que (ilegible) o sean exigibles, por medio de libranzas que individualmente serán emitidas cada uno de veinte (20) años de plazo. Las libranzas serán emitidas por el valor total de los impuestos sobre la renta causados en el año anterior. Principiando por los correspondientes al año de 1973.

"Con la entrega de tales libranzas por la COMPAÑIA, queda hecho el pago de los impuestos sobre la renta por un valor igual al valor nominal de las libranzas y la Administración de Hacienda Nacional del Valle o la Oficina de Hacienda Nacional, llamada en lo futuro a exigir los impuestos sobre la renta, entregará a la Compañía contra la entrega de tales libranzas el recibo de Caja que usualmente se entrega a los contribuyentes para comprobar la cancelación de los impuestos. En caso de que la COMPAÑIA no otorgue oportunamente las libranzas, se causarán los intereses moratorios previstos en las normas legales respectivas para el no pago oportuno de los impuestos, intereses que deberán pagarse en efectivo y son exigibles por la vía ejecutiva.

"TERCERA: Las libranzas de que se habla en la cláusula segunda precedente, se expedirán individualmente, según el modelo que se inserta en este contrato, llevarán la fecha del día en que se extiendan y cada una de ellas tendrá un plazo de vencimiento de veinte (20) años contados desde la fecha de su expedición. Tales libranzas pagarán un interés del tres por ciento (3%) al año. Los intereses serán pagados anualmente durante el mes de marzo. LA COMPAÑIA tendrá el derecho de redimir las libranzas en todo o en parte, en cualquier momento, antes de su vencimiento, mediante el pago al tenedor del valor nominal de las mismas (o aquella parte de su valor nominal que la COMPAÑIA se proponga redimir) más los intereses acumulados y no pagados hasta ese momento sobre el importe así redimido. Si no se pagan oportunamente los intereses de las libranzas, las oficinas de Hacienda, podrán exigirlos ejecutivamente. En caso de que las libranzas no se cancelen a su vencimiento, correrán los intereses que estén previstos en las leyes para el no pago oportuno de los impuestos.

"CUARTA: La COMPAÑIA se obliga a darle cumplimiento, llegado el caso, a lo previsto en el artículo 5o. del Decreto Legislativo número 0653 de 1953 que ha dado lugar al presente contrato, y a facilitar al Ministerio de Obras Públicas los medios de verificar el oportuno cumplimiento de las obligaciones que contrae sobre ensanche o mejoramiento de sus empresas, según lo estatuido en la cláusula quinta.

"QUINTA: La COMPAÑIA invertirá en sus obras de ensanche o mejoramiento de sus empresas de energía eléctrica los fondos correspondientes a las libranzas emitidas para el pago de los impuestos sobre la renta, de acuerdo con las necesidades que ella aprecie acerca de ampliaciones y mejoras dentro del respectivo municipio.

Podrá también, con previa autorización del Ministerio de Obras Públicas, hacer inversiones en nuevas instalaciones de energía eléctrica en cualquier región del país.

"SEXTA: Los actuales y futuros acreedores de la COMPAÑIA domiciliados en el extranjero estarán exentos del pago del impuesto complementario sobre el patrimonio en lo correspondiente a sus inversiones a largo plazo y otros préstamos destinados a los negocios de la COMPAÑIA. Para los efectos de este contrato y en lo que sea pertinente, queda convenido que por "inversión a largo plazo" ha de entenderse la que tenga un término de cinco (5) años o más.

"SEPTIMA: Este contrato queda celebrado por un término de veinte (20) años que comienza a contarse desde el día 12 de marzo de 1973, fecha en la cual venció el primer contrato suscrito entre las mismas partes, conforme al Decreto número 0653 de 1953. Es entendido que la exención del aporte a) de la cláusula primera de este contrato solamente tendrá efecto a partir del mencionado año.

OCTAVA: El modelo para las libranzas es el siguiente:

"Tuluá, ...de 197 ..... $ ..... moneda corriente colombiana. Por valor recibido, la Compañía de Electricidad de Tuluá, Sociedad Anónima, por medio de la presente libranza se compromete a pagar el día ..... de ..... 19 ..... a la Tesorería General de la República de Colombia, o a su (ilegible), la cantidad de .....
.....
($ .....) moneda corriente de la República de Colombia, y a pagar intereses sobre la expresada suma desde la fecha de esta libranza, a la rata de ..... por ciento ( ) por año, hasta que la obligación de la Compañía con respecto al pago del principal de esta libranza haya sido íntegramente satisfecha. Tanto el principal como los intereses de que se habla serán pagaderos en la Oficina de la Tesorería General de la República de Colombia en la ciudad

de Tuluá, Colombia. Esta libranza se expide de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Legislativo número 0653 del 12 de marzo del año de 1953, publicado en el Diario Oficial número 28158 del día 24 del mismo mes de marzo y también de acuerdo con lo previsto en la escritura número 2913 de fecha 16 de junio de 1954 de la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, Colombia, y queda sujeta a todos los términos y condiciones de dicho decreto legislativo y Escritura. La presente libranza es redimible, total o parcialmente, en cualquier tiempo anterior a su vencimiento, mediante el pago de su valor nominal (o de la parte de dicho valor nominal que se desecredimir (sic), más los intereses acumulados y no pagados en el momento sobre la suma redimida. Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., Gerente".

"NOVENA: El GOBIERNO podrá declarar administrativamente la caducidad del presente contrato en los casos previstos en la ley, y además cuando la COMPAÑIA pierda o abandone su condición de Empresa de Servicio Público, en el caso de que la COMPAÑIA no invierta en obras de ensanche o mejoramiento de sus empresas de energía eléctrica los fondos correspondientes a las libranzas emitidas para el pago del impuesto sobre la renta, según lo estipulado en la cláusula quinta. La declaración administrativa de caducidad no se hará sin que previamente se notifiquen legalmente al representante de la COMPAÑIA las causales que se aleguen. La COMPAÑIA dispondrá de un término de 90 días contados desde que queda hecha la notificación respectiva para rectificar o subsanar las faltas que se le acusa o formular su defensa.

"DECIMO: El GOBIERO podrá sancionar a la COMPAÑIA con multas hasta de $10.000.oo en los siguientes casos: 1o. Si habiendo sido requerido por el GOBIERNO en tal sentido, no le facilita los medios de verificar el oportuno cumplimiento de las obligaciones que contrae sobre ensanche o mejoramiento de sus empresas, según lo estipulado en la cláusula 5a.; 2o. Si da a la venta o negocia objetos importados amparados por la (ilegible) concedida según el numeral d) de la cláusula primera, sin la previa autorización del Ministerio de Obras Públicas. La imposición de las multas no se hará sin que previamente se notifique legalmente al representante legal de la Compañía las causales que se aleguen. La COMPAÑIA dispondrá de un término de noventa (90) días contados desde que quede hecha la notificación respectiva para rectificar o subsanar las faltas de que se le acuse o formular su defensa.

"UNDECIMA: No se establece caución de cumplimientopor no ser pertinente en el presente contrato.

"DUODECIMA: Para los efectos fiscales consiguientes se fija en Doscientos mil ($200.000.oo) la cuantía del contrato.

"DECIMATERCERA: Este contrato requiere para su validez la aprobación del señor Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de

Ministros; será publicado en el Diario Oficial por cuenta de la COMPAÑIA, así como su protocolización por cuenta de la COMPAÑIA en una Notaría de este Circuito" (fl. 115-117, C. 1).

TERCERA. Que a partir de la firma del anterior contrato, y hasta el año gravable de 1986, inclusive, la Compañía demandante emitió sus libranzas a favor de la Nación, situación que cambió durante los años de 1987 y 1988, pues no obstante que la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., emitió las libranzas No. 72 y 73 por CIENTO UN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL PESOS ($101.951.000.oo) y CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL PESOS ($186.651.000.oo), para cubrir los impuestos correspondientes a los citados años gravables, la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá se negó a recibirlas, motivo por el cual la Sociedad demandante las hizo llegar a la Tesorería General de la República, la cual emitió constancia en tal sentido, el día 24 de julio de 1989. En ella se lee:

"... por medio de la presente hago constar, que en esta Sección de Contabilidad y Valores en Custodia, de la Tesorería General de la República, se recibieron las Libranzas No. 72 por $101.951.000.oo el 28 de junio de 1988 y No. 73 por $186.651.000.oo el 13 de junio del corriente, ambas de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., a favor de la Tesorería General de la República, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 0653 del 12 de marzo de 1953.

Cordialmente,

Porfirio Romero Olaya.

Jefe Sección Contabilidad y Valores en Custodia" (C. 1, folio 102).

CUARTA. Que no obstante haberse hecho el pago de los impuestos, por los años gravables de 1987 y 1988, en la forma acordada en el contrato a que en antes se hizo referencia, el Jefe de la División de Cobranzas dirigió a la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A, los oficios que obran a folios 87, 88 y 89, del cuaderno No. 1, en los cuales solicita cancelar las sumas que en los mismos se indican, por concepto de los Impuestos de Renta y Complementarios.

QUINTA. Que la compañía demandante, con nota calendada el día 13 de diciembre de 1989 (C. 1, folio 97), envió al Administrador de Impuestos Nacionales de Tuluá la nota CAPV/450-1289, en la cual y en lo pertinente, se lee:

"Ref. Pagos Imporrenta 1987 y 1988 - Cía. de Electricidad de Tuluá S.A.

"Carlos Alfonso Potes V., obrando en mi condición de representante legal de la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., sociedad domiciliada en Tuluá, de la cual soy Gerente, procedo a enviarle copias auténticas de los recibos oficiales

de pago en Bancos de los impuestos de renta e intereses de mora por las vigencias fiscales de 1987 y 1988, según liquidación efectuada por la División de Cobranzas de esa Administración de Impuestos Nacionales en Oficio No. 1990 de noviembre 7 de 1989, así:

"Impuesto de renta por año de 1987:

Recibo del Banco de Occidente No. 023-037-06-000447-0 de noviembre 29/89, que se descompone así:

"Impuesto de renta $101.951.000.oo

Intereses de mora ..... $ 57.826.607.oo

Total Pagado $159.777.607.oo

"Impuestos de renta por año de 1988:

Recibo del Banco de Occidente No. 23-037-06-000443-3 de noviembre 29/89, que se descompone así:

"Impuesto de renta $186.651.000.oo

Intereses de mora ..... $ 26.728.423.oo

Total Pagado $213.379.423.oo

"Quiero dejar expresa constancia de que la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A., se vio obligada a efectuar estos pagos de impuestos de renta y recargos de mora por el requerimiento de la División de Cobranzas de esa Administración contenido en su comunicación No. 1974 de octubre 24 de 1989 y bajo la amenaza de que, si no se efectuaba este pago "la Administración iniciará el correspondiente proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva", pues la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A,. había cancelado sus impuestos de renta por los años 1987 y 1988 mediante la entrega a la Tesorería General de la República de la libranza No. 72 de 21 de junio de 1988 por $101.951.000.oo y la libranza No. 73 de 1o. de junio de 1989 por valor de $186.651.000.oo. Estos pagos de los impuestos de renta por medio de libranzas, se hicieron en cumplimiento del Contrato de 19 de noviembre de 1973 celebrado entre el Gobierno Nacional, representado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas y la "Compañía de Electricidad de Tuluá S.A." y protocolizado con la escritura pública No. 309 de febrero 28 de 1984, de la Notaría Segunda del Circulo de Tuluá y de conformidad con el artículo 2o. del Decreto Legislativo 0653 de 1953, contrato del cual esa Administración de Impuestos Nacionales tiene copia auténtica y que cumplió hasta la vigencia fiscal de 1986, inclusive.

"En consecuencia con los pagos efectuados en dinero por las vigencias de 1987 y 1988, la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. ha realizado un pago de lo no debido, pues tales impuestos ya habían sido cancelados en su oportunidad, en virtud de normas legales y contractuales vigentes" (fl. 97-98, C. 1).

B) A la luz del anterior acervo probatorio, la Sala encuentra que la Administración, de hecho y en forma unilateral, esto es, sin hacer uso de la cláusula de caducidad, estipulada en el contrato suscrito por ella el día 19 de noviembre de 1973, optó por dejar sin efectos este acto jurídico, acudiendo a la interpretación de la Ley 20 de 1979, artículo 33, y del Decreto Extraordinario 2503 de 1987, hecha por el Subdirector Jurídico y por el Jefe de la División Doctrina Tributaria, que la Corporación no comparte. Y se afirma esto, porque la Ley 20 de 1979 se dictó, como se dice en su encabezamiento, para crear "... estímulos al contribuyente..." y fomentar "... la capitalización del país", sin que en la misma se hubiese dispuesto, en forma expresa, que quedaba derogado el Decreto Legislativo No. 0653 de 12 de marzo de 1953, que se dictó precisamente para fomentar "... EL SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA ELECTRICA..." Tampoco en el Decreto 2503 de 29 de diciembre de 1987, que se promulgó "... para el efectivo control, recaudo, cobro, determinación y discusión de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales" se dispuso que quedaba abrogado el decreto ya citado, no obstante que en su artículo 154 se hace una larga lista de toda la normatividad que queda expresamente sin efectos.

Tampoco encuentra el fallador que el Decreto 0653 de 1953 hubiese quedado derogado en forma tácita, pues la nueva normatividad de la Ley 20 de 1979, no contiene preceptos contradictorios con la que se dictó para fomentar el servicio público de energía. El artículo 33 de la Ley 20 de 1979, que en los conceptos jurídicos emitidos por los funcionarios al servicio del Ministerio de Hacienda, se cita como apoyo de la tesis de la derogatoria tácita, no alcanza a tener ese universo jurídico, pues en él el legislador se limita a establecer:

"ARTICULO 33.

"El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de resoluciones que suscribirán el Ministro de Hacienda, el Secretario General y el Director General de Impuestos Nacionales, podrá conceder plazos para el pago de impuestos sobre la renta y complementarios hasta por cinco (5) años sobre las deudas exigibles a la fecha de vigencia de esa Ley, buscando que los plazos más amplios se otorguen a aquellos deudores de menores recursos y siempre y cuando el deudor ofrezca garantías reales satisfactorias o garantía bancaria o de compañía de seguros.

"Concedido el plazo, se congelarán los intereses de mora desde la fecha del acuerdo de pago y de los que se causen durante el lapso que comprenda dicho acuerdo, se liquidarán a la tasa señalada para los intereses corrientes.

"El Gobierno podrá aceptar garantías personales cuando la cuantía de la deuda no sea superior a $200.000.oo.

"Así mismo, el Gobierno aumentará anual y acumulativamente la cifra anterior en el porcentaje que establezcan las leyes tributarias.

"Mientras el deudor pague cumplidamente las cuotas fijadas en el acuerdo, tendrá derecho a certificado de paz y salvo.

"Si deja de pagar oportunamente alguna de dichas cuotas o cualquiera otra obligación surgida posteriormente, quedará sin vigencia el acuerdo y se hará efectiva la garantía, hasta concurrencia del saldo de la deuda garantizada, a través de la jurisdicción coactiva.

"Parágrafo 1o. Los acuerdos así efectuados, cuya cuantía sea de más de un millón de pesos ($1.000.000.oo) serán publicados en un diario de circulación nacional a costa del beneficiario.

"Parágrafo 2o. Quienes se acojan a lo previsto en este artículo, no tendrán derecho a la exoneración de intereses de que trata el artículo 27 de la presente ley".

Para el *ad-quem* resulta inusitado, por decir lo menos, que la Administración hubiese acudido al expediente de la derogatoria tácita, para dejar sin efectos jurídicos la ley de fomento al "servicio público de energía eléctrica". Cuando el legislador dictó la Ley 20 de 1979, se propuso, se repite, crear estímulos al contribuyente, fomentar la capacitación del país, y dictar algunas disposiciones en materia tributaria que, bien examinadas, en nada coliden con la ley de fomento tantas veces citada. La interpretación que lleva a concluir que, en el caso *sub-exámine*, se registra una derogatoria tácita, ignora los motivos y los propósitos que tuvo el legislador cuando dictó el Decreto 0653 de 1953 y, por lo mismo, es incorrecta, así se hagan esfuerzos de calistenia jurídica para concluir que se ajusta a la nueva normatividad. La interpretación de la ley debe hacerse a CIENCIA Y CONCIENCIA y tener fuerza de convicción, con el fin de que se logren los resultados de justicia, que toda ley debe buscar. De lo contrario se corre el riesgo de desnaturalizar el estado social de derecho, pues transitando por la vía fácil, las leyes pueden dejar de operar frente a un simple concepto jurídico, emitido por funcionarios subalternos, que en puridad de verdad no tienen, ni el manejo ni el control de las definiciones en determinadas materias. La Sala vivencia, en el caso *sub-exámine,* que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no profirió, en el caso de comento, un acto administrativo que definiera, jurídicamente, la situación del contrato frente a la nueva normatividad. Se limitó a hacer uso del PODER, con la filosofía dañina que enseña que éste consiste LO PRIMERO EN PODER, LO SEGUNDO EN PODER Y LO TERCERO TAMBIEN EN PODER. Por ello su proceder resultó arbitrario y, por contera, causó daños a la sociedad demandante, los cuales le deben ser indemnizados.

C) La Sala hace suya la censura que el Tribunal de Instancia le hace a la Administración cuando destaca que resulta inaceptable que existiendo un contrato, con duración de 20 años, y con apoyo en la ley, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de sus funcionarios, lo hubiese desconocido de hecho, cuando había podido declarar su caducidad, mediante resolución motivada, para asegurar, en debida forma, el derecho de defensa de los derechos conculcados.

La Sala patrocina y reitera la perspectiva jurisprudencial que se recoge en la sentencia de 20 de marzo de 1970, que en lo pertinente se transcribe en el concepto jurídico No. 01966, en el sentido de que,

> "... si para impulsar o estimular una determinada actividad económica, que se considera útil para el desarrollo colectivo, el legislador les concede a quienes la realicen exoneraciones, exenciones, u otros beneficios tributarios, la permanencia o desaparición de estas ventajas en el futuro queda subordinada exclusivamente al querer de la ley, sin que la insubsistencia de tales favores pueda equipararse nunca al desconocimiento injusto o arbitrario de derechos adquiridos...".

La anterior filosofía jurídica implica que frente a contratos legalmente celebrados, a la luz de la legislación que se deroga, se acuda a la jurisdicción, para discutir, en todo su temperamento, los efectos jurídicos que en el futuro puedan o no producir tales negocios jurídicos. No actuar así, y dejar las cosas en manos de subalternos, que llenan el camino de dificultades, y desafiar la filosofía que informa el estado social de derecho, que como antes se dijo, está sometido a limitaciones, es poner en marcha la filosofía que informa LA ARBITRARIEDAD, que produce un funcionario especializado en afirmar: Lo que se ha hecho es ilegal, pero demante. Procediendo así, ellos logran producir los efectos que desean, en perjuicio de los intereses particualres protegidos, y de los de la misma comunidad.

D) La Sala confirmará la condena que hizo el Tribunal, pero la modificará, en el sentido de que al actualizar el monto de la misma, no procede el reconocimiento de intereses comerciales, sino de intereses técnicos, del seis (6%) por ciento anual, sin que haya lugar a cobrar intereses de intereses. Por ello la condena se liquida con apoyo en las siguientes pautas:

PRIMERA: Se toma la suma histórica de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL TREINTA PESOS ($373.157.030), que es el monto de lo pagado el 29 de noviembre de 1989, y se actualiza entre esta fecha y el 29 de febrero de 1994, teniendo en cuenta los índices de precios al por mayor, certificados por el Banco de la República, que son hechos notorios.

SEGUNDA: Sobre el monto histórico de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL TREINTA PESOS

($373.157.030.oo), se liquida un interés técnico de seis por ciento anual, por el mismo período indicado en la pauta anterior, sin que haya lugar a cobrar intereses de intereses.

Dentro del anterior marco, la condena se concreta así:

$$Va = Vh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$\$373.157.030.oo \frac{8.249.60}{6.299.60}$$

$488.665.349.3

$$\$488.665.349.3 \frac{173.5}{104.8}$$

$809.002.272

INTERESES
$95.155.042.65

Total Capital más Intereses: $ 904.157.314.70.

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.), tercero (3o.), sexto (6o.), séptimo (7o.) y octavo (8o.) de la sentencia calendada el día catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro.

2o) REVOCANSE los numerales cuarto (4o.) y quinto (5o.) de la misma sentencia, los cuales quedarán así:

4o.– Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a la NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - Dirección General de Impuestos, ahora denominada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por virtud del Decreto No. 2117 de 1992, a reintegrar a la COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A., la suma de OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE ($809.002.272.oo).

5o.– CONDENASE, igualmente, a la NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO a pagar a la COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A., por concepto de PERJUICIOS, en la modalidad de lucro cesante, la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE ($95.155.042.65).

Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

3o) Expídanse copias del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo. Envíese una copia de la sentencia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Publíquese 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.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la Jurisprudencia del 20 de marzo de 1970 sobre derogación de normas que consagren beneficios tributarios y los derechos adquiridos.

FALLA DEL SERVICIO DEL FONDO DE VIVIENDA POPULAR DE PEREIRA–Inexistencia/**INVASION**–Reubicación/**ESTADO SOCIAL DE DERECHO/SOLIDARIDAD**

El *ad-quem* vivencia que el Fondo de Vivienda Popular de Pereira, lo único que hizo fue facilitar todos los medios que tuvo a su alcance, para la solución de los conflictos sociales, surgidos como consecuencia de la recogida de invasores desalojados en diferentes sectores de la ciudad. Un Estado Social de Derecho, como se define el nuestro, en el artículo primero de la Constitución Nacional, está en el deber de proporcionar a los ciudadanos un bienestar social, que es lo que le da entidad como tal. La polémica sobre el BIENESTAR tiene actualidad, y como lo enseña el Profesor Tierno Galván, su contenido exige que el gobierno luche por el retroceso de la enfermedad, y se brinde mayores garantías ante la muerte; que se busque atender en todo los frentes las urgencias de la salud, y que se hagan esfuerzos para cubrir las necesidades primarias y secundarias. No todas las falencias que presente el Estado Social de Derecho pueden repararse a través de la filosofía que informa la falla de servicio, o el daño antijurídico, pues el juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o los conceptos políticos y jurídicos. Todo esto explica que, en el caso *sub-exámine,* no sea posible despachar favorablemente las pretensiones de los demandantes, pues las angustias y daños que pueda causar el subdesarrollo obligan a la comunidad a poner en marcha la práctica de LA SOLIDARIDAD, y a soportar el perjuicio.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 8673. Actor: José Berney Ramírez Guzmán y Otros. Demandado: Fondo de Vivienda Popular de Pereira.

– I –

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el **RECURSO DE APELACION** interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, calendada el día 2 de junio de 1993, que denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que se consignan en el referido proveído.

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

> "La relación procesal se ha constituido sin defectos. Los actores son personas naturales que ejercen la acción de reparación directa afirmando haber recibido perjuicios morales por una conducta de una entidad estatal. La parte demandada es una persona jurídica, establecimiento público municipal. La acumulación **objetiva y subjetiva de pretensiones es viable.** La cuantía del proceso la determina el valor de mil gramos de oro a las fechas de las demandas, $7.458.340 y $7.928.220 valor de cada una de las pretensiones acumuladas, y superior a $6.860.000. No se advierte ninguna causal que invalide lo actuado o impida dictar sentencia de mérito.
>
> "2. Se afirma en las demandas que la responsabilidad estatal la genera la conducta de la administración de haber llevado (a vivir), en cumplimiento de funciones propias de la entidad demandada, a vivir un grupo de familias a unos terrenos sin servicios públicos, en especial de acueducto y alcantarillado, lo que ocasionó la muerte de algunos niños. A este cuadro fáctico no corresponde ninguno de los regímenes especiales de responsabilidad estatal en que se presuma bien la falla del servicio o bien dicha responsabilidad. El régimen aplicable es el común en que los diversos supuestos de la responsabilidad: una conducta de la administración (falla en el servicio), un daño, y un nexo de causalidad entre la falla y el daño, deben probarse por el demandante.
>
> "3. Los múltiples aspectos de hecho que deben ser considerados en la decisión de este caso, no tienen uniforme respaldo probatorio. Algunos carecen de la claridad deseable. Se procederá a una exposición de los acontecimientos y circunstancias.

"A. En Pereira por la época de febrero de 1990 en medio de las campañas electorales, entre ellas para la Alcaldía, se produjeron ocupaciones por las vías de hecho de terrenos, por personas generalmente llamadas "invasores" y que desde la óptica de la demanda son "recuperadores de tierras". Entre tales ocupaciones hubo una en el sector de Las Margaritas (Villa Santana) y otra en la banca y orilla del ferrocarril cerca de la fábrica Lux Kola, por lo que se la conoció con tal nombre.

"B. Las condiciones de vida en tales **terrenos** ocupados eran, para gran parte de las familias, bastante precarias. Algunos no soportaban esas condiciones pues realmente no vivían allí sino en sus viviendas anteriores o de parientes. No vivían en "el cambuche" que habían construido para adquirir el status de ocupantes. Los cambuches carecían de toda clase de servicos públicos. Declaraciones del doctor Francisco Cedeño fl. 172 ss. (fotografías y recortes adjuntos en sobre de manila); Blanca Nidia González fl. 111, José Berney Ramírez fl. 182, Olga Guzmán fl. 186, Jesús María Betancur fl. 189, María Rosa Martínez de González fl. 199, Aristóbulo Acevedo fl. 202, Celmira Posada fl. 205, Aleyda Sánchez fl. 207, (sobre manila adjunto con fotografías, recortes de periódico y planos - servicios públicos).

"C. El Fondo de Vivienda era para 1990 propietario de unas grandes extensiones de terreno en el sector sur-occidental de Pereira, donde existen ahora varios barrios y otros en construcción.

Dentro de esos terrenos propiedad del Fondo de Vivienda Popular aparecen dos sectores próximos entre sí, uno conocido como Bellavista y otro situado en cercanías del río Consota y que vino a ser el Dorado.

"El Fondo adelantaba gestiones financieras y actividades iniciales de urbanización en el "Dorado" tales como movimientos de tierra, loteo, localización de vías, con miras a adelantar un plan de vivienda de los que ejecuta el Fondo, que incluyen la dotación de infraestructura de servicios de energía, agua, acueducto, vías, etc., para ello se había solicitado crédito al Banco Interamericano de Desarrollo. Para abril de 1990 en los terrenos del Dorado se había realizado el movimiento de tierra, se encontraban definidas las vías y localizados los lotes con definición de sus cuatro extremos (declaraciones del doctor Francisco Javier Cedeño fl. 169-178 cuad. 2 exp. 1871, y Guillermo Mejía Serna fl. 233 cuad. 2).

"D. El Fondo de Vivienda como parte de la administración municipal intervenía frente a las llamadas invasiones, adelantando estudios sobre los grupos familiares, composición, ingresos, etc. Como una solución se propuso reubicar a los ocupantes de las Margaritas y Lux Kola.

"E. No hay suficiente claridad probatoria sobre la fecha, o de fechas y en qué circunstancias ocupantes de las Margaritas y Lux Kola llegaron a ocupar los sectores de Bellavista y del Dorado.

"Está comprobado que hubo censo o enlistamiento de las cabezas de familia, y que en terrenos aledaños (barrio Panorama) se realizaron sorteos para definir qué lotes correspondían a algunas de esas cabezas de familia, en el Dorado.

"El 9 de abril de 1990, o en fecha cercana, se inició el poblamiento del Dorado. Sobre cómo llegaron allí las familias hay en el proceso más de una versión. Los actores y algunos declarantes afirman que fueron llevados allí físicamente por el Fondo de Vivienda bajo la presión o amenaza de no llegar a ser adjudicatarios de un plan de vivienda de la entidad, habiendo sido sacados contra, o por lo menos, sin su voluntad de los cambuches de invasión, y llevados físicamente con sus enseres al Dorado (declaracones de María Deysi Orozco fl. 120, Jesús Olmedo Marulanda fl. 131, Jesús María Betancur fl. 190 cuad. 2, Paola Andrea Rodríguez Posada fl. 209 cuad. 2). Otros señalan que habiéndose conocido el lote que podría serles adjudicados, los ocupantes decidieron irse a vivir allí, yéndose cada uno por su cuenta y medios de transporte (declaraciones de Fabio Marín fl. 150, José Berney Ramírez Guzmán fl. 183, Celmira Posada García fl. 206 cuad. 2). La parte demandada afirma que nunca se produjo acto de entrega de los lotes, los que fueron ocupados de hecho por sus actuales habitantes (declaraciones del D. Francisco Javier Cedeño Rojas fl. 171, Hernando Ocampo Gil fl. 227, Luis Guillermo Mejía Serna fl. 229).

"Los ocupantes pagan al Fondo cuotas mensuales para cubrir el precio de los lotes, sin que la relación contractual (promesa o venta) se haya documentado debidamente.

"En esa irregular situación se entiende que el precio es el del lote que fue ocupado en abril de 1990, no existiendo, ni siquiera prometida obligación contractual de dotar la urbanización de su infraestructura de servicios.

"F. Inicialmente los habitantes del Dorado carecieron de conexión al sistema de acueducto de Pereira, de alcantarillado y de energía eléctrica domiciliaria o de iluminación de las calles. La situación de cerca de 200 familias, en ranchos precarios desprovistos de servicios domiciliarios, se constituyó en la prolongación de un problema social iniciado en las "invasiones". Tal situación y los reclamos de los habitantes del barrio originó la actuación de múltiples entidades para tratar de solucionar los aspectos de servicios públicos. En forma parcialmente gratuita para unos tramos secundarios y conexiones domiciliarias del alcantarillado en que la comunidad aportaría la mano de obra. En forma gratuita para los habitantes del Dorado se emprendió la construcción de un interceptor de aguas negras, o alcantarillado madre, así como también se llevó la red de acueducto hasta el costado norte del barrio y se construyeron baterías de lavaderos y baños comunitarios surtido con dicha red. El 3 de septiembre de 1990 se inició el servicio público de agua del acueducto de Pereira, o entre el 25 y 31 de agosto, según certificación de las Empresas Públicas (fl. 32 cuad. 2). Posteriormente se adicionaron por la CARDER llaves comunitarias.

"G. Se dice en la demanda que los habitantes del Dorado tenían que utilizar como única fuente de agua para todo uso, el río Consota. Esa versión es suministrada también por algunos declarantes, a los que se oponen otros que señalan que sobre el costado oriental del barrio hay un nacimiento que suministra un chorro de agua del que se servía la comunidad. Un declarante señala que no se trataba de un nacimiento sino de filtraciones de alcantarillados. Los testigos del primer grupo y el de la versión de ser el chorro citado filtración de alcantarillado, carecen de credibilidad, pues es notorio su afán de presentar aún más sombrías y graves, las de suyo bastante precarias circunstancias, de los meses iniciales del poblamiento del Dorado. En general son declarantes del grupo de los que afirman que los niños de ese barrio llegaron en óptimas condiciones de salud y que gozaban de alimentación y cuidados excelentes, los que ha de valorarse como un sesgo intencionado en pro de la demanda, que priva de credibilidad tales testimonios.

"H. Las muertes de los seis (6) menores fueron acreditadas con pruebas idóneas como son copia de los registros de defunción o certificados del Notario (art. 105 Dcto. 126070"....

.....

"La no existencia del servicio de agua potable, teniendo como tal el servicio de la red de acueducto de Pereira, es un hecho que se dio en el Dorado desde el comienzo de su poblamiento en abril de 1990 hasta principios de septiembre del mismo año cuando se colocó a su disposicón tal agua, al extender a ese barrio las Empresas Públicas su red de distribución. Así se colocó, no condicionada a pago u otro hecho, a disponibilidad de esa pequeña comunidad un suministro suficiente de agua del acueducto de Pereira, que garantizaba la calidad de potable del agua, aunque no era domiciliaria sino que había que recogerla sobre un costado del barrio, operación no muy cómoda pero que tampoco presentaba dificultades grandes. Las mejoras al servicio de agua ocurrieron en época posterior a la muerte de los menores a que se refiere la demanda.

"El servicio de alcantarillado no existía por la época de tales muertes, aunque es de anotar varias familias, en acción previsiva y de corto alcance de cualquiera de los vecinos habían construido letrinas que suplían tal servicio.

"Se tiene pues como comprobado fehacientemente que las enfermedades diarréicas de los niños, son un riesgo originado en la carencia del servicio de agua potable y de escretas. Es cierto que concurren otros factores como los señalados en el informe atrás citado (fl. 92 cuad. 2), en el que se menciona como causa de diarrea en los niños del Dorado; falta de acueducto, alcantarillado, servicios de taza sanitaria individual, mal manejo de los alimentos y recipientes, proliferación de basuras, mala higiene personal, falta de compromiso y educación en salud. Esas concausas aumentan el riesgo y evidentemente se daban en el Dorado, a

pesar de que algunos declarantes pretendan hacer creer lo contrario. Pero estas concausas pueden calificarse de secundarias frente a la principal de carencia de agua potable y de escretas.

"Resta por analizar si existe una conducta (positiva u omisiva) del Fondo de Vivienda que constituya causa eficiente de la muerte de los menores. En la demanda se afirma que el Fondo llevó a sus ocupantes de terrenos de Lux Kola y las Margaritas al Dorado en forma coercitiva, obligándolas a residir allí. "Los trasteó" físicamente allí. Esta versión cuenta con el apoyo de varios declarantes cuya credibilidad se resiente, ya que es manifiesto el sesgo que imprimen a sus testimonios en pro de la tesis de la demanda. Sobre cómo llegaron a esos lotes los ocupantes del Dorado, ya se anotó atrás que no hay certidumbre. En plena campaña electoral hubo una alta participación partidista en la creación y apoyo de las "recuperaciones de tierra", y hay hechos constitutivos de indicio de que la gerencia del Fondo en alguna forma intervino en la manipulación de tales personas con procedimientos no ortodoxos como lo que fue el realizar "un sorteo" de lotes sin que mediara el procedimiento reglamentario que le diera a los participantes previamente, el carácter de adjudicatarios, para que surgiera el derecho o vocación a la definición de cuál de los lotes le correspondía.

"Se concluye del análisis en conjunto de las pruebas (art. 187 C.P.C.) que no hay lugar a tener como premisa, que el Fondo de Vivienda hubiera entregado los lotes y menos aún forzara a los ocupantes a trasladarse allí. No se infiere de este proceso que haya una conducta del Fondo de Vivienda que fuera la causa eficiente de la creación del riesgo de muerte de los niños. La prueba de tal hecho es supuesto esencial de la prosperidad de las demandas ya que como se anotó al comienzo de estas consideraciones, no se está frente a un régimen de responsabilidad presunta, o de falla del servicio que se presume" (fl. 368-371, C. 1).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 378 y siguientes del cuaderno principal, obra el escrito en que la apoderada de los demandantes hace sus valoracones de naturaleza jurídica y **fáctica,** orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

"Quedó plenamente establecido, cómo el entonces representante legal del FONDO DE VIVIENDA POPULAR DE PEREIRA, trató de justificar su conducta, aduciendo **premura del tiempo,** en razón a que todas aquellas familias hacían parte de una invasión y por lo tanto se hacía necesaria la reubicación de las mismas a la mayor brevedad posible, pero olvidó, como es

obvio, una de las principales funciones para las cuales fue creado el FONDO DE VIVIENDA POPULAR DE PEREIRA, como es el de ATENDER A LA SOLUCION DE PROBLEMAS DE VIVIENDA POPULAR MEDIANTE LA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS CON SERVICIOS PUBLICOS, o al menos la infraestructura mínima y que fueran aptos para construir, pero como ya se ha repetido innumerables veces, a pesar de que estos terrenos eran aptos para construir, no eran aptos para ser **abatidos,** por ningún representante de la especie humana, pues allí se estaban contraviniendo cualquier política del mismo Fondo y del Gobierno Nacional.

"Sin lugar a dudas, la conducta de quienes tuvieron a su cargo la recubicación (sic) de estas familias fue atentatoria de principios fundamentales de nuestra Constitución, como son el Derecho a la vida, a una existencia digna, a la salud, y en este caso, cómo podríamos afirmar, que los habitantes de la Urbanización El Dorado han llevado una existencia digna, si fueron**comparados**prácticamente con los animales.

"A pesar de lo que afirmaron quienes comparecieron como testigos por cuenta de la entidad demandada, con **relación a que** los niños ya estaban enfermos, desnutridos y que fue precisamente ésta la causa principal de su muerte, vale la pena hacer una breve reflexión al respecto: Acaso la desnutrición conlleva necesariamente a la diarrea? No es cierto pues en uno de los apartes del CONCEPTO DE VIOLACON y que considero innecesario repetir, en el presente escrito, ya que se encuentra incorporado en la demanda, existe una explicación técnica suministrada por un experto en la materia, donde se especifican las causas de la D.A. (DIARREA AGUDA). Es muy posible que quien esté desnutrido y de pronto mal alimentado, esté más propenso a que en determinado momento pueda atacarlo alguna enfermedad, pero sí puedo decir, que resulta desde todo punto de vista absurda la afirmación de que los niños de la urbanización El Dorado, se murieran porque estaban desnutridos y por esta razón fueron víctimas de la Epidemia de BROTE DIARREICO.

"Si analizamos todo lo acaecido, desde que se produjo el desalojo y la reubicación, hasta el momento fatal en que ocurrió el fallecimiento de trece (13) niños inocentes, nos preguntamos: **No resultó más perjudicial el remedio que la enfermedad?** No representaba un peligro más grave para la población infantil, sacarlos de donde al menos tenían suministro de agua potable (según versión de la mayoría de los testigos y pobladores del barrio) y llevarlos a ese lugar desierto, donde no existía y valga la redundancia, el más mínimo vestigio de servicios públicos?

"No constituye, entonces una flagrante violación de los Derechos Humanos el haber olvidado por completo que esas familias hacían parte de la especie humana y que eran igualmente ciudadanos con deberes y derechos, y que

precisamente uno de tantos derechos era poder vivir dignamente? Derecho que les fuera negado por completo, pues en ese sitio no era posible cumplir con dicho precepto, ya que no existía la forma para ello, por no existir una infraestructura mínima, no existían recursos, ni siquiera el preciado líquido (agua) tan indispensable para sobrevivir, pues para obtenerlo, el sitio más cercano estaba demasiado retirado y por esta razón, se vieron obligados a extraerla del río, foco de infecciones múltiples y permanentes.

"Es por ello, que me atreví a hacer una critica en el memorial de alegatos, con respecto a las afirmaciones que hiciera la Trabajadora Social del Fondo, cuya declaración considero que está carente en su totalidad de solidaridad humana y de respeto por la vida de sus semejantes.

"Basta examinar el estudio que sobre las condiciones de los habitantes del barrio, hicieran la "Unidad Regional de Salud de Pereira, Hospital Universitario San Jorge y Unidad intermedia de Salud de Cuba (DIAGNOSTICO DE SALUD DE LA COMUNIDAD EL DORADO), para ver reflejada la realidad de cuales fueron las causas verdaderas de las muertes, donde se dice que los problemas prioritarios son "Falta de alcantarillado y acueducto, proliferación de las basuras, entre otros".

"Este diagnóstico, es prueba más que suficiente, para declarar la responsabilidad del ente público demandado, solicitud que suplico sea despachada favorablemente, en aras a los principios y derechos consagrados en nuestra Carta Magna" (fl. 388-389, C. 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, pues ella se ajusta, en todo su universo, a la ley y al derecho.

En el *sub-lite* aparece debidamente demostrado que varias personas, que habían invadido predios en el barrio Santana, al oriente de la ciudad de Pereira, fueron reubicados en terrenos del Fondo de Vivienda Popular donde se construía la Urbanización Villa Consota. Posteriormente, como indica el demandante, varios niños murieron como consecuencia de una "epidemia de brote diarreico", producida por la falta de servicio de acueducto y alcantarillado en ese lugar, circunstancia de la cual el actor hace derivar la falla del servicio.

Las circunstancias particulares del caso las relata el Doctor FRANCISCO JAVIER CEDEÑO ROJAS, en esa oportunidad, Gerente del Fondo de Vivienda Popular de Pereira, quien ilustra al fallador dentro del siguiente temperamento:

"El barrio El Dorado surgió como consecuencia de múltiples invasiones que por los meses de febrero y marzo del año citado se presentaron en la ciudad de

Pereira en distintos sectores, invasiones que podríamos denominar electorales porque por aquellos días se agitaba una campaña con miras a unas elecciones, igualmente porque muchas familias llevadas por la pobreza existente en barrios como Villa Santana se dejaron motivar por algunos dirigentes para construir invasiones en distintos sectores, una de estas invasiones se ubicó en el mismo sector de Villa Santana por los lados del barrio Las Margaritas, otra por los lados de Lux Kola y la zona del ferrocarril o Belmonte, dichos asentamientos de hecho duraron muchos días en aquellos lugares y el Fondo de Vivienda fue convocado ante los problemas que se estaban presentando especialmente sanitarios, en las invasiones, para buscar una alternativa de solución al problema. La entidad no contaba con terrenos disponibles para adelantar este tipo de programas pero ante la urgencia, ya que la situación en las carpas que habían armado los invasores y el hacinamiento que se presentaba se fue haciendo más crítico con amenaza de la vida de niños y adultos por la falta de nutrición, la carencia de alimentos, ya que los padres no podían laborar por cuidar sus cambuches, fue preciso tomar una determinación por parte de la entidad, obviamente con la orientación del Alcalde y la Junta Directiva del Instituto de Vivienda. Se tenían entonces unos terrenos **que eran básicamente** destinados para un programa habitacional de clase media en los cuales se construiría la urbanización Villa Consota con unas 900 soluciones de vivienda,**como no habían más terrenos para entrar a darle solución a ese problema se cambió entonces la destinación de los mismos con el fin de proceder a reubicar allí a las familias procedentes de las invasiones,** previo un rápido estudio sobre el cumplimiento de cada familia de los requisitos legales entre ellos, no poseer con anterioridad una solución de vivienda. Este terreno ofrecía las ventajas de tener ya un diseño urbanístico y de loteo definido, con iguales diseños para **servicios** públicos de acueducto, alcantarillado y energía, como quiera que era un proyecto ejecutable con financiación del Banco Interamericano de Desarrollo y éste había exigido los diseños completos de obras de infraestructura, al cambiarse la destinación se le dio entonces el nombre de Urbanización El Dorado con el fin de entrar allí a reubicar a las familias y con el correspondiente plano de **loteo** de acuerdo al documento visible (el declarante entrega un plano elaborado por el Fondo de Vivienda y que se anexa a la presente acta como lo autoriza el Decreto 2651/ 91). Esto permitía utilizar los diseños que se tenían de los servicios públicos para su ejecución. Se realizó entonces la selección de adjudicatarios aptos provenientes de las respectivas invasiones. Se llevó a cabo el proceso de sorteo que fue preciso hacer en varias etapas por la cantidad de familias existentes, para ello se utilizó incluso como sitio para el efecto, el salón múltiple del edificio El Lago por la amplitud del local. A las personas se les llamaba para que sacaran la ficha, la que debían conservar como documento que los acreditaba como tales,**la entrega de los terrenos quedaba sujeta a la ejecución de las obras prioritarias de los servicios públicos; como el Fondo de Vivienda no contaba con suficientes recursos dichos trámites se empezaron a ejecutar, pero**

entretanto algunos adjudicatarios movidos por la urgente necesidad de salir del hacinamiento y las condiciones en que vivían, y además porque como algunos por no cumplir los requisitos habían quedado por fuera, decidieron irse al terreno a ocupar algunos de los lotes puestos que el Fondo había venido trabajando en la tarea del loteo. Estas circunstancias obligaron a que ante la invasión o desplazamiento de las personas hacia estos terrenos trataran de buscarse otras alternativas más rápidas para los servicios públicos, puesto que las primeras familias que allí llegaron fueron desalojadas por la entidad ya que las **obras** de servicios estaban por ejecutarse, perom **continuaron llegando familias y se hizo inmanejable el problema,** por lo que se pensó entonces en la necesidad de construir unas baterías de servicios comunitarios en coordinación con las Empresas Públicas de conformidad con el diseño visible, en donde como se observa existen varios separados para hombres y para mujeres, lavamanos independientes, sanitarios independientes, tanque de almacenamiento de agua y un área para servicio de lavado de ropa (se anexa el plano presentado)".....

.....

"PREGUNTADO: Teniendo en cuenta la precaria situación en que se encontraban las familias que ocupaban la invasión y en especial la población infantil no resultaba de pronto ser un peligro más grande para ellos el hecho de trasladarlos a ellos a un sitio donde no existía el más mínimo vestigio de servicios públicos. CONTESTO: **Yo debo destacar el hecho de que fue la misma situación caótica que estaban viviendo las familias en la invasión, en unas carpas de plástico que se llovían, sin ningún tipo de alimentos y de servicios la que llevó a estas familias a trasladarse a los terrenos de El Dorado sin dar ninguna tregua para adelantar las respectivas obras de infraestructura,** y tal vez porque para ellos sin ser lo más adecuado, era mejor estar allí sin tanto hacinamiento, y aun así en mejores condiciones que en las que estaba viviendo con sus hijos, **porque allí en el Barrio El Dorado por lo menos sus hijos ya no iban a soportar las inclemencias del tiempo ni del hacinamiento en razón de que iban a estar ubicados en viviendas independientes como lo muestra la fotografía que dejó para el expediente** (El declarante hace entrega de la fotografía en mención)" (subrayas de la Sala)

La anterior declaración tiene fuerza de convicción, y es concordante con las demás piezas procesales allegadas al plenario. Por ello, el *ad-quem* vivencia que el Fondo de Vivienda Popular de Pereira, lo único que hizo fue facilitar todos los medios que tuvo a su alcance, para la solución de los conflictos sociales, surgidos como consecuencia de la recogida de invasores desalojados en diferentes sectores de la ciudad.

La circunstancia de que una vez ubicadas las personas, se hubiese desatado la epidemia de brote diarreico, que causó la muerte a varios menores, no tiene el universo

jurídico que demanda la falla del servicio pues ésta, como lo predica el profesor JEAN RIVERO:

> "... es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente..." (Derecho Administrativo, Novena Edición, Caracas 1984, pág. 303).

Ese incumplimiento, prosigue el ilustre tratadista, debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio.

> "... **variable según su misión y según las circunstancias,** estructurándose la falla, cuando éste se presta por debajo de este nivel. Por todo ello, concluye, el juez debe apreciarla sin referencia a una norma abstracta, pero sí preguntándose "... lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc... De ello resulta que LA NOCION DE FALTA DEL SERVICIO TIENE UN CARACTER RELATIVO, PUDIENDO EL MISMO HECHO SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS, SER REPUTADO COMO CULPOSO O COMO NO CULPOSO" (Obra citada, pág. 304 y ss).

Dentro de la misma perspectiva doctrinaria discurre el jurista TOMAS RAMON FERNANDEZ, cuando enseña:

> "En materia de responsabilidad patrimonial, la situación no es mucho mejor, porque a esas mismas dificultades se añade otro obstáculo adicional, en el que nuestros esfuerzos terminan tropezando inevitablemente. **La idea del Estado asegurador,** que tan lúcidamente expresara Duguit hace más de sesenta años, depende, quiérase o no, de la situación económica general, y, muy particularmente, de la situación de las finanzas públicas. La ley, ciertamente, es la semilla, pero, aún en el caso de que la semilla sea de la mejor calidad posible, solo puede germinar y producir plantas lozanas en un clima apropiado y en un terreno previamente abonado.
>
> "Hablar de la responsablidad patrimonial en general, en abstracto, es tarea inútil, una pérdida de tiempo. Hay que hablar de ella desde la realidad, desde una concreta realidad". (El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado. Abeledo - Perrot, 1988).

A la luz de la orientación jurídica anterior, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 25 de octubre de 1991, Actor: HELI DE JESUS CARDONA RIOS Y OTROS, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual discurrió dentro del siguiente perfil:

"Observa la Sala frente al caso concreto que la parte demandante fundamenta su demanda en un estado ideal. Teóricamente podría decirse que tiene razón y desde ese punto de vista el alegato es excelente. Pero el enfoque que hace permite su conclusión más a la luz de la sociología jurídica que del derecho mismo.

"En el plano ideal el Estado debería responder por toda muerte violenta acaecida en el territorio nacional (él tiene el deber de proteger su vida); siempre que muriera una persona por falla de asistencia médica; **por los niños** que se quedan sin escuela y entran a la mendicidad; **por todos los casos de inanición; por las epidemias no contrarrestadas;** por todos los daños producidos por el terrorismo; por la caída de un avión en zona carente de radioayuda; por todos los derrumbes de las carreteras; por la falta de acueductos, por la contaminación de los ríos...".

"Los ejemplos se podían multiplicar por miles. Pero podría el patrimonio estatal hacer frente a todas esas demandas cuando sus servicios públicos apenas sí logran tener una pequeña cobertura? Sería razonable permitir esa responsabilidad irrestricta y en todos los casos, con desmedro del mantenimiento, en los límites propios de nuestra realidad económica y social, de los modestos servicios actuales? No sería peor el remedio que la enfermedad?".

B) Las pretensiones que se enlistan en la demanda, y los hechos que estructuran la causa *petendi,* dan pie para recordar que un Estado Social de Derecho, como se define el nuestro, en el artículo primero de la Constitución Nacional, está en el deber de proporcionar a los ciudadanos un bienestar social, que es lo que le da entidad como tal. La polémica sobre el BIENESTAR tiene actualidad, y como lo enseña el Profesor Tierno Galván, su contenido exige que el gobierno luche por el retroceso de la enfermedad, y se brinde mayores garantías ante la muerte; que se busque atender en todos los frentes las urgencias de la salud, y que se hagan esfuerzos para cubrir las necesidades primarias y secundarias.

Por todo lo anterior RAUL MORODO escribe:

"Bienestar significa algo concreto: nivelación o homogenización de los estratos o grupos sociales. Sin nivelación socioeconómica no hay libertad, no hay democracia, no hay paz social. La nivelación exige planificación. Hay bienestar –concluye– cuando afecta a la generalidad. Según esto, una legalidad es legítma, un Estado es legítimo, cuando tiene paz, libertad, bienestar y democracia".

Dentro del marco político anterior, se impone concluir que no todas las falencias que presente el Estado Social de Derecho pueden repararse a través de la filosofía que informa la falla del servicio, o el daño antijurídico, pues el juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o los conceptos políticos y jurídicos. Todo esto explica que, en el caso *sub-*

exámine, no sea posible despachar favorablemente las pretensiones de los demandantes, pues las angustias y daños que pueda causar el subdesarrollo obligan a la comunidad a poner en marcha la práctica de LA SOLIDARIDAD, y a soportar el perjuicio.

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

FALLA:

CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, calendada el día 2 de junio de 1993, por las razones dadas en este proveído.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Publíquese 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 REGISTRO–Inexistencia/**CULPA DE LA VICTIMA**–Negligencia e Imprudencia/**NEXO CAUSAL**–Inexistencia/**REGISTRO**–Gravamen/**BIEN INMUEBLE/HIPOTECA/NEGOCIO JURIDICO**–Entre Particulares/**OBLIGACION INSOLUTA/DEUDOR**–Incumplimiento/**ACREEDOR**–Demandante/**RESPONSABILIDAD CIVIL**–Obligación entre Particulares/**RESPONSABILIDAD PENAL**–Documento Falso/**RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**–Inexistencia/**ESTADO**–Garantía Improcedente/**GARANTIA ESTATAL**–Improcedencia/**OBLIGACION**–Entre Particulares

La cancelación del gravamen en el registro del inmueble objeto de la hipoteca no resultó de la irregular actuación registral, sino que provino del carácter doloso del documento que sirvió de apoyo para proceder al registro pero que fue aportado con conocimiento del actor. Mal puede entonces pretender el demandante que sea el Estado quien responda por su negligencia, imprudencia y ligereza en el manejo de sus negocios particulares, dejando de lado además la reclamación que sí ha debido formular civil y penalmente contra los deudores que fueron los directos causantes del daño y quienes burlaron la confianza que en mal momento el demandante en ellos depositó. No encuentra la Sala debidamente establecido el nexo de causalidad entre la actuación cumplida por la Oficina de Registro de Bucaramanga y los perjuicios sufridos por el demandante. Así lo entiende al analizar que la cancelación del gravamen no fue por un acto espontáneo de la Oficina mencionada, sino en cumplimiento de una orden proveniente de un Juez Penal; que la entrega de los dineros no se hizo como consecuencia de la actuación cumplida en el registro, sino que aquella se había verificado con anterioridad según lo certifica el propio Notario, es decir, cuando ni siquiera se había radicado la escritura en el libro diario radicador de documentos. Toma en cuenta además la Sala que el demandante contaba con otras acciones y posibilidades para reclamar de los deudores el

pago de su obligación. Precisa la Sala que en casos como el presente no debe prosperar la declaratoria de responsabilidad a cargo de la Administración porque, en últimas, tal situación conllevaría a constituir al Estado en garante o codeudor de obligaciones particulares.

FALLA DEL SERVICIO–Inexistencia/**NEGOCIO JURIDICO PARTICULAR**–Incumplimiento/**PAGO INSOLUTO**

Concluye la Sala que en el *sub-júdice* antes que una falla en el servicio se presentó fue un incumplimiento de un negocio privado entre dos particulares, en cuyo caso los deudores no satisfacieron la obligación de pago que habían adquirido con el acreedor, hoy demandante en este proceso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8632. Actor: Juan de Jesús Alvarez Lizarazo. Demandada: Superintendencia de Notariado y Registro.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de 27 de abril de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual declaró administrativamente responsable a la Superintendencia de Notariado y Registro "con ocasión de la indebida inscripción que realizó la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, sobre la escritura pública No.303 de 1o. de febrero de 1989 de la Notaría Séptima del Círculo de Bucaramanga...", y condenó a la demandada, en abstracto, al pago de los perjuicios materiales ocasionados al actor.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o.– La demanda.

En escrito presentado el 2 de noviembre de 1990 ante el Tribunal Administrativo de Santander, el señor Juan de Jesús Alvarez Lizarazo, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción formuló demanda contra la Superintendencia de Industria y Comercio para que se la declarara administrativamente responsable de los perjuicios sufridos como consecuencia de la indebida inscripción de la escritura pública No.303 de 1o. de febrero de 1989, corrida en la Notaría Séptima de Bucaramanga y consecuencialmente se condene a aquella entidad al pago de $15.000.000.oo por concepto de capital; $5.400.000.oo por concepto de intereses de

plazo durante un año al 3% mensual y los intereses moratorios al 4% mensual sobre el capital mencionado, desde el 2 de febrero de 1990 hasta la ejecutoria de la sentencia que se produzca en este proceso. De ahí en adelante solicita el pago de los intereses señalados en el artículo 177 del C.C.A.

2o.– Fundamentos de hecho.

Se relata en la demanda que entre el actor Alvarez Lizarazo y los señores Héctor Chacón Macías y Socorro Jiménez de Chacón se celebró un contrato de mutuo por valor de $15.000 000.oo, garantizado por estos últimos mediante la constitución de una hipoteca de segundo grado sobre un inmueble ubicado en la carrera 33 No.54-13/19 de la ciudad de Bucaramanga, para cuyo efecto extendieron la escritura pública No.303 de 1o. de febrero de 1989 en la Notaría Séptima de dicha ciudad, la cual fue llevada al Registro en la misma fecha, cuando el demandante averiguó sobre la procedencia de la inscripción recibiendo respuesta positiva, como en efecto sucedió, pues al día siguiente aparecía la anotación 04 con número de radicación 00080.

Confirmada la procedencia del registro y de acuerdo con lo convenido por los contratantes, el actor permitió el pago del capital que iba a prestar, esto es, la suma de $15.000.000.oo. No obstante al pasar 5 meses sin que los deudores cancelaran los intereses de plazo, el acreedor procedió a hacer efectivo su crédito hipotecario a través de un proceso ejecutivo. Sin embargo al solicitar el folio de matrícula inmobiliaria observó que ya existía otro proceso ejecutivo de carácter hipotecario contra los mismos deudores y que el bien objeto de la hipoteca había sido embargado 10 meses antes de registrar la escritura 303 de 1o. de febrero de 1989, en cumplimiento de lo ordenado por oficio 908 del 9 de abril de 1988 proveniente del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga en el proceso adelantado por la Corporación Davivienda.

Para registrar la escritura No. 303 ya mencionada a pesar de estar embargado el inmueble, se utilizó un escrito en copia, sin autenticación y sin constancia de presentación personal dirigido al Registrador de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, en la cual la apoderada judicial de Davivienda autorizaba al propietario del inmueble para hipotecarlo. Al solicitar copia de dicho escrito se estableció que el mismo había desaparecido y solo por sugerencia del Registrador se obtuvo una fotocopia de fotocopia que se hallaba en poder de un abogado de aquella ciudad. Cinco meses más tarde al corregir el folio de matrícula inmobiliaria se afirmó que no se trataba de autorización judicial sino que debía leerse "HIPOTECA CON AUTORIZACION DEL ACREEDOR JUNTO CON OTRO INMUEBLE". "VALE 05-07/89".

El 14 de julio de 1989 Alvarez Lizarazo solicitó la acumulación de demandas ejecutivas en el proceso que adelantaba Davivienda contra los mismos deudores ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, despacho que pidió a la Oficina de Registro la autorización judicial para registrar la hipoteca, requerimiento al que respondió dicha Oficina con la manifestación de que no tenía tal autorización sino una

proveniente de la apoderada judicial de Davivienda, funcionaria ésta que denunció penalmente lo sucedido y que permitió al Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Bucaramanga disponer la cancelación del registro de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, de todo lo cual quedó sin validez la acumulación de demandas ejecutivas decretadas por el Juez Civil.

3o.- Actuación Procesal.

En la oportunidad para contestar la demanda la Superintendencia de Notariado y Registro guardó silencio. Al alegar de conclusión se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor por considerar que en el *sub-judice* no existió ninguna falla en el servicio, conclusión a la que arriba tras de examinar los distintos registros contenidos en el folio inmobiliario correspondiente, a más de que sostiene que en ningún momento la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos violó norma legal alguna al registrar la escritura referida contentiva de la hipoteca. Así mismo no encuentra demostrado el daño como elemento de la responsabilidad, pues sostiene que si lo hubo fue resultado de la conducta incumplida de los deudores al no pagar la obligación y no por causa de la entidad demandada. Resalta que la insolvencia de aquellos expresada por el demandante no era absoluta y que se encontraban otros activos sobre los cuales ha podido reclamar el pago de su crédito, a más de que fuera del gravamen hipotecario se encontraba comprometida la responsabilidad personal de cada uno de aquellos. Descarta igualmente la existencia del nexo causal por cuanto la cancelación de la hipoteca provino no de la voluntad unilateral de la Oficina de Registro, sino por virtud de una orden emanada de un juez penal. De otra parte, aduce la demandada la existencia de las eximentes de responsabilidad consistentes en la culpa exclusiva de la víctima Y el hecho de un tercero, o sea, Héctor Chacón Macías, quien hipotecó sin ser propietario y allegó la autorización para registrar la hipoteca.

El apoderado del demandante básicamente reitera lo expuesto inicialmente en la demanda para demostrar la existencia de una falla del servicio como generadora de la responsabilidad reclamada y argumenta que su poderdante actuó convencido de la existencia de las garantías de autenticidad del título hipotecario y la apariencia de legalidad de la inscripción, razones por las que permitió la entrega del dinero a los deudores. Es reiterativo en afirmar que efectivamente se estructura la responsabilidad extracontractual de la administración por cuanto hubo falla del servicio, perjuicios y relación de causalidad, en tanto que rechaza absolutamente la existencia de alguna causal exonerativa de responsabilidad.

Para el Ministerio Público la actuación administrativa fue ilegal e irresponsable pues causó daño al administrado teniendo en cuenta que éste no recuperó los dineros garantizados con la hipoteca. Su concepto es favorable a las pretensiones del actor.

4o.– La sentencia apelada.

Consideró el Tribunal que en el caso examinado había lugar a declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado por cuanto a su criterio se presentó una falla en el servicio derivada de hechos ilegítimos ejecutados por personal perteneciente a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, sin que en el *sub-júdice* se presente causal alguna eximente de responsabilidad como lo planteó la entidad demandada . Para el *a-quo* al cancelarse el registro de la escritura que contenía la hipoteca en favor del demandante se le ocasionó a éste un perjuicio grave, "pues su crédito con acción real pasó a ser personal y los deudores al encontrarse insolventados, embargados sus bienes y rematados otros por Juzgados de la ciudad como lo corroboran los documentos que obran al los folios no pueden ser obligados por medios coercitivos legales a descargar el pago de la obligación dineraria que adeudan a su acreedor Alvarez Lizarazo. La responsabilidad que le cabe a la Superintendencia de Notariado y Registro en estas circunstancias es por los daños y perjuicios que le hayan causado al actor entendiéndose por ellos el capital principal de la escritura 303, cuyo registro fue cancelado y los intereses dejados de percibir sobre dicha suma, desde su exigibilidad hasta la ejecutoria de esta sentencia".

5o.– Razones de la apelación.

Inconforme la demandada con la anterior decisión interpuso contra la misma recurso de apelación. Para sustentarlo básicamente reitera los planteamientos expresados en su alegato de conclusión ante el juzgador de primera instancia y es así como sostiene que en el caso examinado no puede hablarse de falla en el servicio por cuanto la actuación de la Oficina de Registro se ciñó a las disposiciones especiales del Decreto Ley 1250 de 1970, el cual fue correctamente aplicado por cuanto se cumplieron las etapas del trámite registral como son: radicación, calificación, inscripción y constancia de haber realizado esta. Anota así mismo que la cancelación del registro se originó por orden de otra autoridad, el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal y no por decisión unilateral y espontánea de la Oficina de Registro. Con respecto al daño o causación de perjuicios sostiene que no se demostró que el daño se hubiera causado con ocasión del registro de la hipoteca y su posterior cancelación, sino que fue por culpa de los deudores al no cancelar su obligación oportunamente al demandante, aparte de que la insolvencia que se quiere mostrar de aquellos se encontraba cuestionada dado que existían bienes en cabeza de los mismos que ha podido el actor judicialmente reclamar con un comportamiento más ágil y preocupado, aparte de que los deudores comprometieron su responsabilidad personal al suscribir la obligación hipotecaria. Sostiene el apelante que al no darse la falla en el servicio ni el daño no es posible hablar de nexo causal, pero que si hipotéticamente lo hubiera, la relación causal no existiría en razón a que la cancelación del gravamen hipotecario se originó en una orden judicial y no por decisión de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga. Igualmente aduce que los dineros entregados no lo fueron por causa de la actuación registral, sino

que la entrega se había producido al firmar la escritura según lo certificó el Notario Séptimo de la ciudad. Aparte de lo anterior propone como eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima derivada del conocimiento que esta tenía de la existencia del embargo, que contrataba sobre un objeto ilícito y que obró imprudentemente al entregar sus dineros a personas cuyas condiciones económicas no les permitían cumplir sus obligaciones, a más de que había entregado el dinero antes de perfeccionarse el contrato con la solemnidad del registro. Alega también el hecho imputable a un tercero, en este caso Héctor Chacón Macías, quien constituyó gravamen hipotecario sobre un bien del cual no era propietario, pues este título sólo correspondía a Socorro Jiménez. Ese tercero además allegó la supuesta autorización que sirvió para registrar la escritura contentiva de la hipoteca. Concluye con solicitud para que se revoque la sentencia recurrida.

El apoderado de la parte demandante en escrito visible a folios 296 a 309 y antes de surtirse el traslado para alegar, se opone a las razones expuestas por el apoderado de la demandada y con argumentos expresados en su demanda y en su alegato de conclusión, controvierte las tesis del representante judicial de la Superintendencia demandada, con miras a que se mantenga la Providencia impugnada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo apelado deberá revocarse en razón a que no se configura en el caso examinado la responsabilidad extracontractual de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Si bien es cierto que para registrar la hipoteca contenida en la escritura pública 303 de 1o. de febrero de 1989 se utilizó un documento falso, el cual posteriormente desapareció y ello originó una investigación disciplinaria contra la funcionaria encargada de calificar los documentos entregados para el registro, situación preponderante en criterio del Tribunal para atribuir a la demandada una falla en el servicio, considera la Sala que no fue la actuación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga la causante de los perjuicios alegados por el demandante como consecuencia de la cancelación del gravamen hipotecario constituido a su favor.

No fueron suficientes las irregularidades que se presentaron en el trámite de registro de la hipoteca para constituir ellas mismas por sí solas una falla del servicio y con base en esta atribuir a la demandada la responsabilidad correspondiente. Se considera que el trámite de registro se cumplió normalmente hasta cuando se estableció la falsedad del documento supuestamente proveniente de la apoderada de Davivienda para autorizar el registro de la hipoteca de segundo grado. Tal irregularidad sin embargo, no fue detectada por el propio acreedor quien al parecer en compañía de los deudores presentó la escritura para su registro, sin que por parte del actor se encuentre acreditada alguna actividad previa a la negociación para determinar y establecer la situación legal y jurídica del inmueble sobre el que se iba a constituir la garantía de su

crédito. Ciertamente fue lamentable la inercia del acreedor para asegurar el crédito de $15.000.000.oo sobre un inmueble previamente hipotecado en primer grado, respecto del cual mucho antes de constituir su hipoteca había sido embargado por el acreedor hipotecario inicial. La lógica más elemental y la más mínima prudencia aconsejaban que para entregar tal cantidad de dinero se requería pleno conocimiento de que sobre el inmueble no pesaba ninguna limitación salvo el gravamen primeramente constituido. Fue pues una negociación de carácter estrictamente privado la que generó los perjuicios reclamados ahora por el demandante, con olvido de éste de los descuidos e imprudencias en que incurrió al entregar precipitada y aventuradamente el capital que ahora pretende recuperar frente al Estado.

Ninguna participación tuvo la Oficina de Registro de Bucaramanga en la entrega del dinero por parte del actor a los deudores. Es más, según certificado notarial número 512 expedido por el Notario Séptimo de Bucaramanga "en el momento del otorgamiento y autorización de la escritura 303... el señor Juan de Jesús Alvarez Lizarazo quien figura como acreedor hipotecario entregó al deudor Héctor Chacón Macías el monto de la obligación sobre la cual se constituyó la hipoteca o sea la suma de quince millones de pesos ($15.000.000.oo) en la siguiente forma...", es decir, que con anterioridad a su comparecencia a la Oficina de Registro para registrar la hipoteca, ya había entregado el capital a los deudores.

De otra parte observa la Sala que no fue una decisión arbitraria y unilateral de la Oficina de Registro la que dispuso la cancelación del registro de la hipoteca constituida en favor del demandante. Este Despacho se limitó a cumplir la decisión del Juzgado Quinto de Instrucción Criminal que le solicitó "disponer lo conducente, a efectos de cancelar el gravamen hipotecario, reputado como espúreo, constituido a través de escritura pública No.303 de febrero 1o. de 1989, emanada de la Notaría Séptima de esta ciudad", determinación que tomó el Juez Penal dentro de la investigación que por falsedad documental adelantaba contra Héctor Chacón Macías por denuncia de la doctora Martha Inés López Bautista, es decir, la apoderada de Davivienda en el ejecutivo hipotecario inicial dentro del cual se ordenó el embargo del inmueble objeto de la hipoteca a que se refiere este proceso. Se deduce entonces de lo anterior que la cancelación del gravamen en el registro del inmueble objeto de la hipoteca no resultó de la irregular actuación registral, sino que provino del carácter doloso del documento que sirvió de apoyo para proceder al registro pero que fue aportado con conocimiento del actor. Mal puede entonces pretender el demandante que sea el Estado quien responda por su negligencia, imprudencia y ligereza en el manejo de sus negocios particulares, dejando de lado además la reclamación que sí ha debido formular civil y penalmente contra los deudores que fueron los directos causantes del daño y quienes burlaron la confianza que en mal momento el demandante en ellos depositó.

No encuentra la Sala debidamente establecido el nexo de causalidad entre la actuación cumplida por la Oficina de Registro de Bucaramanga y los perjuicios sufridos por el demandante. Así lo entiende al analizar que la cancelación del gravamen no

fue por un acto espontáneo de la Oficina mencionada, sino en cumplimiento de una orden proveniente de un Juez Penal; que la entrega de los dineros no se hizo como consecuencia de la actuación cumplida en el registro, sino que aquella se había verificado con anterioridad según lo certifica el propio Notario, es decir, cuando ni siquiera se había radicado la escritura en el libro diario radicador de documentos.

Toma en cuenta además la Sala que el demandante contaba con otras acciones y posibilidades para reclamar de los deudores el pago de su obligación Se recuerda que conforme al Artículo 2488 del C.C., el acreedor podía perseguir el cumplimiento de su obligación sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, con la salvedad de aquellos que son inembargables según el artículo 1677 del mismo ordenamiento. Aparte de lo anterior, faltó actividad al actor para procurarse el pago de la obligación dentro del mismo ejecutivo hipotecario en el cual quedó remanente en favor del ejecutado, a más de que según consta en el proceso había la posibilidad de perseguir otros bienes muebles de propiedad de los deudores.

De lo anteriormente expuesto concluye la Sala que en el *sub-júdice* antes que una falla en el servicio se presentó fue un incumplimiento de un negocio privado entre dos particulares, en cuyo caso los deudores no satisfacieron la obligación de pago que habían adquirido con el acreedor, hoy demandante en este proceso.

La exagerada confianza del actor al entregar el dinero en mutuo sin asegurarse sobre el estado real del predio que recibía en garantía constituyó el origen de la pérdida de capital e intereses alegada por el demandante, y se complementó con la decisión del Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de cancelar el gravamen hipotecario. En uno y otro caso es claro que no fue la actuación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga la causa del incumplimiento de la obligación por parte de quienes se habían comprometido con el actor a satisfacerla.

Precisa la Sala que en casos como el presente no debe prosperar la declaratoria de responsabilidad a cargo de la administración porque, en últimas, tal situación con-llevaría a constituir al Estado en garante o codeudor de obligaciones particulares. Por lo anterior se revocará la sentencia apelada y se denegarán las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, esto es la de 27 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, y en su lugar, **DENIEGANSE** las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE , CUMPLASE Y DEVUELVASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES DE LA CORPORACION.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha siete (7) de abril 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.

OMISION ADMINISTRATIVA–Inexistencia/**ACCION DE REPARACION DIRECTA**–Improcedencia/**ICCE**–Suspensión/**EMPLEADO**–Reubicación/ **SILENCIO ADMINISTRATIVO/VIA GUBERNATIVA**–Agotamiento/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/DEMANDA**–Ineptitud

El actor prestaba sus servicios al ICCE como Director Regional cuando el gobierno expidió el Decreto 77 de 1987 que suprimió dicho Instituto; Que en virtud de dicho decreto adquirió el derecho a ser reubicado en cargo equivalente dentro del Ministerio de Educación; Que pese a las solicitudes escritas que presentó, la administración no le dio respuesta positiva alguna; y Que luego de esperar infructuosamente fue declarado insubsistente mediante el Decreto 572 de 1992 dictado por el señor Ministro de Educación, con derecho a indemnización. La vía que debe seguirse para el reclamo derivado de derechos de carácter social provenientes de una relación estatutaria existente entre cualquier servidor público y la administración, es la de que el administrado debe provocar primero el pronunciamiento administrativo para, en caso de que le sea desfavorable, pueda acudir a la vía jurisdiccional. Eventos en los cuales no podrá acudir directamente a la jurisdicción, sino que tendrá que agotar la instancia administrativa, si la administración no ha tomado la decisión por su propia iniciativa. En el caso *sub-júdice* se dio el fenómeno del silencio negativo, tal como lo acepta implícitamente el actor en su escrito de 23 de septiembre de 1991, en el cual narra que desde el 23 de septiembre de 1990 pidió expresamente que se le reubicara luego de la supresión del ICCE. Producido ese silencio se le abrió la posibilidad jurisdiccional, por la vía específica de la acción de nulidad y restablecimiento. Al no proceder así esa errónea escogencia de la acción impondrá la revocatoria del fallo apelado y una decisión inhibitoria.

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 8540 - Indemnización. Actor: Juan José Bonilla Montua. Demandado: Ministerio de Educación.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de marzo de 1993 dictada por el tribunal administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1o.– En razón de hallarse indebidamente acumulada inhíbese el Tribunal de pronunciarse sobre la petición relativa al reintegro o reubicación del actor.

2o.– Se declara administrativamente responsable a la NACION –MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL–, de los perjuicios materiales causados al actor por la omisión de reubicarlo en una de las dependencias del Ministerio de Educación Nacional, en un cargo simllar al que venía desempeñando como Director Regional Grado 2035 grado 08, del extinguido Instituto de Construcciones Escolares ICCE.

En consecuencia, la entidad demandada pagará al actor el valor de los salarios y prestaciones mensuales que le adeuda desde el 1o. de septiembre de 1990 hasta el 7 de febrero de 1992, fecha en que tuvo vigencia la Resolución No. 572 de 1992 del Ministro de Educación por la cual se declaró insubsistente al actor, actualizando los valores de acuerdo al índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago mes por mes hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia o a fecha anterior, correspondiente a la del pago, en caso de que este ya se hubiese producido.

3o.– Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

4o.– Se dará cumplimiento a la sentencia dentro de los términos previstos en los arts. 176 a 178 del C.C.A.

5o.– Consúltese si no fuere apelada (Art. 184).

En la demanda formulada el 13 de enero de 1992 por el doctor Juan José Bonilla Montúa contra la Nación –Ministerio de Educación– expresamente se pidió:

"PRIMERA.

La NACION –MINISTERIO DE EDUCACION– es responsable de todos los perjuicios morales y materiales causados al Dr. JUAN JOSE BONILLA MONTUA, por OMISION de la obligación legal de proceder a la reubicación del mismo en una de las dependencias del Ministerio de Educación Nacional, en un cargo similar al que venía desempenando como DIRECTOR REGIONAL GRADO 2035 grado 08, del Extinguido INSTITUTO DE CONSTRUCCIONES ESCOLARES – ICCE.

SEGUNDA

Como consecuencia de lo anterior, condénase a LA NACION –MINISTERIO DE EDUCACION–, a cumplir con el deber legal que está eludiendo, consistente en la reubicación del Dr. JUAN JOSE BONILLA MONTUA en un cargo similar al que desempeñaba como DIRECTOR REGIONAL DEL ICCE - 2035 GRADO 08.

Para todos los efectos legales a que haya lugar, se decretará que no ha existido solución de continuidad en el servicio laboral prestado por el dr. JUAN JOSE BONILLA MONTUA.

TERCERA.

Condénase a LA NACION –MINISTERIO DE EDUCACION– a cancelar al Dr. JUAN JOSE BONILLA el valor de los perjuicios materiales y morales causados, con la falla administrativa por omisión que ha dado origen a la presente acción, conforme a la siguiente liquidación o a la que aparezca probada dentro del proceso:

PERJUICIOS MATERIALES.

A) POR DAÑO EMERGENTE: la suma de cinco millones de pesos mcte ($5.000.000.oo) por concepto de los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde el 1o. de septiembre de 1990.

La suma de diez millones ($10.000.000.oo) mcte. que constituyen una merma patrimonial, representados en la venta de algunos bienes que forzado por las circunstancias debió realizar el Dr. Juan José Bonilla Montúa con el objeto de atender a sus necesidades básicas y a las de su familia.

TOTAL DAÑO EMERGENTE $15.000.000.oo

B) POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE: La suma de quince millones de pesos ($15.000.000.oo) que como profesional Independiente de la Arquitectura hubiera podido obtener por la realización de trabajos o proyectos en el ejercicio de su profesión.

PERJUICIOS MORALES:

Por concepto de perjuicios morales el equivalente en moneda nacional a mil (1.000) gramos de oro puro según certificación expedida por el Banco de la República a la fecha de la sentencia.

Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia serán actualizadas conforme a los índices de precios al consumidor y devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término (art. 177 del C.C.A.)".

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

a) Que el gobierno nacional, mediante decreto 77 de 1987, suprimió el Instituto de Construcciones Escolares - ICCE (art. 24).

b) Que los funcionarios quedaron amparados con el derecho a ser reubicados en forma preferencial en cargos equivalentes o afines.

c) Que de ese derecho no fueron excluidos sino los miembros de niveles directivo y asesor.

d) Que el decreto 1024 de 1987 reglamentó el capítulo correspondiente del decreto 77, con las precisiones indicadas en su art. 17

e) Que según conceptos emitidos por los doctores Jesús Durán P., jefe de personal del ICCE y José Ramiro Calderón P. de la secretaría del servicio civil, el Dr. Bonilla Montúa tenía derecho a la reubicación.

f) Que el día 29 de diciembre de 1989, fecha en la que terminaba el proceso de liquidación del ICCE, el director liquidador le dio comisión de servicio al Dr. Bonilla hasta el 30 de abril de 1990 o hasta la fecha en que fuera reubicado.

g) Que a partir del 30 de abril de 1990 la situación del doctor Bonilla se tornó incierta, confusa y anormal por no haber sido acatada la ley por quienes debían cumplirla.

h) Que el 23 de mayo de 1991, el gobernador del departamento como presidente de la junta del FER comisionó al doctor Bonilla para que viajara a la capital a tratar de solucionar su problema.

i) Que al doctor Bonilla se le deben los sueldos y prestaciones desde el 1o. de septiembre de 1990; situación esta que le produjo serios perjuicios, ya que tuvo gue disponer de parte de sus bienes para sobrevivir.

j) Que el doctor Bonilla ha pedido en varias oportunidades su reubicación a distintos funcionarios, desde el Presidente de la República, pasando por el Ministro de Educación, gobernador del departamento, delegado del FER, sin haber obtenido respuesta positiva alguna.

El Tribunal luego del trámite de la primera instancia, decidió en la forma indicada atrás. Inconforme con lo así decidido la parte actora apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 205 y s.s. Allí precisa su inconformidad al hecho de no haberse condenado al pago de perjuicios morales.

Durante el trámite de la segunda instancia sólo intervino el Ministerio Público, con su alegación que obra a folios 218 y s. s.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Estimó el tribunal que la acción intentada, la de reparación directa, era la adecuada para el caso. Al respecto sostuvo:

> "En el presente proceso se plantea el caso de incumplimiento por parte de la Nación de obligaciones expresamente impuestas por el Decreto Ley 77 de 1987 y por los Decretos Reglamentarios 1024 de 1987 y 503 de 1988.
>
> La apoderada acudió a la acción de reparación directa buscando el resarcimiento, mediante indemnización, del daño causado al actor con la omisión del deber de reincorporarlo y al mismo tiempo procurando obtener la condena de la demandada a cumplir con el deber eludido y pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir, entendiéndose que no se presentó solución de continuidad en la prestación del servicio.
>
> La acción de reparación directa, tal como quedó redactada en el artículo 16 del Decreto 2304 de 1989, está establecida como medio para obtener la reparación de un daño causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos, o sea que es una acción de responsabilidad extracontractual, por los daños causados con la actividad de la administración traducida en hechos, omisiones u operaciones administrativas" (CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Derecho Procesal Administrativo, Tercera Edición, 3a. Reimpresión, Señal Editora, 1993, pág. 40).
>
> A su vez, el artículo 15 del citado Decreto que modificó el artículo 85 del C.C.A., estableció la acción de "Nulidad y restablecimiento del derecho" en favor de

toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, para pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.

En el caso de estudio, existe una omisión o abstención de la administración generadora de un daño para con el administrado?. Una respuesta positiva a este interrogante haría valedero el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa por la vía de la acción de reparación directa. Pero, podía el actor válidamente acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho al creerse lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica?. La respuesta afirmativa a este último interrogante lo obligaba, como requisito previo, a solicitar la nulidad del acto administrativo que vulneraba su derecho.

El actor aduce que tenía derecho a ser reincorporado con fundamento en el Decreto Ley 77 de 1987 y en los Decretos Reglamentarios 1024 de 1987 y 503 de 1988, es decir, se trata de un derecho amparado en la ley. Pero la administración se abstuvo de definirle su situación teniendo el deber legal de hacerlo, a pesar de las múltiples gestiones del interesado encaminadas a este fin, gestiones que no permitieron obtener un pronunciamiento administrativo de la demandada que posibilitara acudir a esta jurisdicción en acción de restablecimiento del derecho. En efecto, el administrado no podía esperar indefinidamente a que la demandada se pronunciara sobre su situación para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en busca de la protección de sus derechos, tanto es así que sólo el 7 de febrero de 1992, cuando ya se había admitido la demanda que originó este proceso, el Ministerio de Educación Nacional expidió la Resolución No. 572 de 7 de febrero de 1992, por medio de la cual declaró insubsistente al actor con derecho a indemnización con fundamento en el Decreto 1660 de 1991 y, según certificación suscrita por la Jefe de División de Personal del Ministerio de Educación, el 8 de junio de 1992, se reconoció su derecho a los salarios y prestaciones dejados de percibir por el período com-prendido entre el 1o. de septiembre de 1990 y el 15 de febrero de 1992 (Fl.34).

En estas condiciones, no podía la Corporación exigirle al administrado la espera indefinida de la resolución administrativa de su situación cerrándole la vía jurisdiccional, so pretexto de limitarle su requerimiento al ejercicio específico de la acción de restablecimiento del derecho, cuando esa conducta omisiva de la misma durante todo ese lapso le causaba daños y perjuicios que no tenía por qué soportar y que dan lugar a la indemnización buscada a través de la acción de reparación directa.

Sin embargo, no puede acudirse a esta acción para lograr pretensiones propias de la acción de restablecimiento del derecho como el reintegro al empleo, razón por la cual considera el Tribunal inapropiada esta pretensión y en tal virtud se

declarará inhibido para pronunciarse sobre ella por constituir una indebida acumulación de pretensiones.

Esto hubiera sido posible si el artículo 86 del C.C.A. no hubiese recibido la modificación del Decreto 2304 de 1989 porque, entonces, la acción de reparación directa involucraría también la de cumplimiento".

Para el ministerio público (procuradora segunda delegada) el presente asunto es de carácter laboral y no podía resolverse por la vía escogida por la parte actora. A guisa de conclusión observa:

"Sus peticiones resultarían viables en ejercicio de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, pero en la acción de reparación directa, sus pretensiones constituyen una indebida acumulación de las mismas, lo que impide un pronunciamiento de fondo. En consecuencia, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la Sala se revoque la sentencia de marzo 30 de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca".

En su misma vista observa otros aspectos no menos relevantes y arguye:

"El Instituto de Construcciones Escolares - ICCE, como lo estableció el decreto 77 de 1987, entró en liquidación, y durante esa etapa el actor continuó vinculado y devengando un salario, pues solamente fue desvinculado del servicio en febrero 15 de 1992, habiendo recibido sueldos y prestaciones todo el tiempo y adeudándosele solamente lo correspondiente por esos conceptos desde el 1o. de septiembre de 1990.

Tenemos pues que cuando el actor presentó su demanda en enero de 1992, tan sólo existía retardo en reubicarlo y demora en la cancelación de sus sueldos y prestaciones, ya que en esos momentos seguía vinculado a la administración y aún no se le había decidido su situación, lo que sólo tuvo lugar al proferirse la Resolución 572 de febrero de 1992 por medio de la cual se le declaró insubsistente.

Este despacho se pregunta qué hubiera pasado, si en vez de haberse tomado esa decisión, la administración hubiera reubicado en otro cargo al actor; es claro que la demanda quedaba sin ningún soporte.

Lo anterior nos indica entonces, que tan solo al expedirse la Resolución 572 de febrero de 1992 se definió la situación del actor y su petición en la fecha en que presentó la demanda resulta ser una petición antes de tiempo.

Otro aspecto que debe analizarse es el relativo al contenido de la demanda. De ella se deduce, que para la fecha de su presentación –lo que ocurrió en el mes

de enero de 1992– el demandante aún continuaba siendo empleado, de ahí que afirme que se le adeudan los salarios y prestaciones desde septiembre de 1990.

La omisión por la cual demanda la hace consistir el actor en no haberlo reubicado en otro cargo similar al que venía desempeñando en el Instituto de Construcciones Escolares, en etapa de liquidación por orden y de acuerdo al Decreto 77 de 1987

A título de perjuicios solicita:

"– Por daño emergente, $5.000 000.oo, por concepto de los sueldos dejados de percibir y $10.000 000.oo, por la merma patrimonial representada en la venta de algunos bienes que, forzado por las circunstancias, debió realizar el actor con el objeto de atender a sus necesidades básicas y a las de su familia, para un total de $15.000.000.oo por este concepto.

"– Por lucro cesante, $15.000.000.oo, correspondientes a la suma que como profesional independiente de la Arquitectura hubiera podido obtener por el ejercicio de la profesión.

"– Por perjuicios morales, el equivalente en moneda nacional a un mil gramos de oro puro al momento de la sentencia".

Las anteriores peticiones no pueden calificarse de perjuicios, ni ellas tienen como causa la omisión por la cual se demanda. Lo que el actor califica de daño emergente consistente en los salarios que se le adeudan, tiene su origen en el hecho de haber estado vinculado laboralmente con la administración, mas no en la omisión o falta de reubicación. La merma patrimonial, consistente en la venta de algunos bienes que tuvo que hacer el actor, tampoco guarda relación con el hecho por el cual se demanda, que en este caso como ya se ha dicho, se trató de una omisión consistente a juicio del demandante en no haberle reubicado en un cargo similar al que venía desempenando.

El actor también solicita, que se ordene a la entidad demandada, reubicarlo en un cargo similar, petición esta que sería la única que resulta lógica y consecuente con el hecho por el cual se demanda, pero que como ya se vio no está llamada a prosperar".

Para la Sala la sentencia apelada deberá revocarse porque no hace suya la perspectiva que manejó el *a-quo,* el cual consideró viable la acción de reparación directa instaurada por la parte actora cuando no era la procedente, como se explicará más adelante.

En cambio, estima que le asiste la razón a la señora procuradora segunda cuando califica la controversia como de carácter laboral, concretamente como de nulidad y restablecimiento.

A este respecto se anota:

Muestran los hechos del libelo: Que el actor prestaba sus servicios al ICCE como Director Regional, cuando el gobierno expidió el decreto 77 de 1987 que suprimió dicho Instituto; Que en virtud de dicho decreto adquirió el derecho a ser reubicado en cargo equivalente dentro del Ministerio de Educación; Que pese a las solicitudes escritas que presentó, la administración no le dio respuesta positiva alguna; y, Que luego de esperar infructuosamente fue declarado insubsistente mediante el decreto 572 de 1992 dictado por el señor Ministro de Educación, con derecho a indemnización.

Pues bien. Los hechos precedentes muestran a las claras que el asunto es de carácter laboral, dada la relación legal y reglamentaria que vinculaba al actor con la administración, la causa *petendi* alegada, las bases de la demanda y las pretensiones formuladas. En tales eventos, ante la vulneración de un derecho laboral creado por una norma legal (la reubicación en cargo similar o afín), le tocaba al afectado acudir a la administración en procura de un pronunciamiento suyo, en vista de que no lo había hecho en forma oficiosa.

La vía que debe seguirse para el reclamo derivado de derechos de carácter social provenientes de una relación estatutaria existente entre cualquier servidor público y la administración, es la de que el administrado debe provocar primero el pronunciamiento administrativo para, en caso de que le sea desfavorable, pueda acudir a la vía jurisdiccional. Eventos en los cuales no podrá acudir directamente a la Jurisdicción, sino que tendrá que agotar la instancia administrativa, si la administración no ha tomado la decisión por su propia iniciativa.

Y si la simple omisión de la administración para reconocer oficiosamente un derecho de carácter laboral no da pie para una acción de reparación directa, tampoco se dará cuando mediando una petición concreta del administrado la administración haya guardado silencio por un término superior al señalado por la ley para que ésta haga su pronunciamiento, dado que en esta hipótesis se producirá por voluntad de la ley un acto *ficto* impugnable jurisdiccionalmente.

Se hace la afirmación precedente porque cuando la administración no decide en el aludido término se produce, por mandato legal, la ficción de un acto negativo; o sea, en otros términos, se da un acto denegatorio presunto, el cual deberá impugnarse como tal en una acción de nulidad y restablecimiento (arts. 40 y 85 del c.c.a.).

En el caso *sub-júdice,* se dio el fenómeno del silencio negativo, tal como lo acepta implícitamente el actor en su escrito de 23 de septiembre de 1991, en el cual narra que

desde el 23 de septiembre de 1990 pidió expresamente que se le reubicara luego de la supresión del ICCE. Producido ese silencio se le abrió la posiblidad jurisdiccional, por la vía específica de la acción de nulidad y restablecimiento. Al no proceder así esa errónea escogencia de la acción impondrá la revocatoria del fallo apelado y una decisión inhibitoria.

Por lo expuesto, de acuerdo con la procuraduría delegada, el Consejo de Estado, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de 30 de marzo de 1993. En su lugar,

Declárase inhibido para decidir de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DE LA CORPORACION.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

ECOPETROL/RESPONSABILIDAD CIVIL/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO–Régimen Privado/**CONTAMINACION/AGUA**–Utilización/**PERJUICIO MATERIAL/SEMOVIENTES/JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA**

El demandante en ejercicio de la acción de reparación directa presentó demanda en contra de la Nación Colombiana, Ministerio de Minas y Energía, Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL– para que se las declarara solidaria y patrimonialmente responsables de los perjuicios causados al demandante con ocasión de la contaminación de las aguas del "Caño Comején", situación que a la postre trajo como resultado la muerte de 65 cabezas de ganado entre los meses de febrero de 1985 y marzo de 1988. La Sala reitera que 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.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. 6646. Actor: José Antonio Ortiz. Demandado: La Nación - Ministerio de Minas y Energía - Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL–.

Al entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 15 de febrero de 1991, la Sala advierte una nulidad que afecta el trámite ante esta jurisdicción.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 17 de septiembre de 1988 el senor JOSE ANTONIO ORTIZ mediante apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa presentó demanda en contra de la Nación Colombiana, Mínisterio de Minas y Energía, Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL– para que se las declarara solidaria y patrimonialmente responsables de los perjuicios causados al demandante con ocasión de la contaminación de las aguas del "Caño Comején", situación que a la postre trajo como resultado la muerte de 65 cabezas de ganado entre los meses de febrero de 1985 y marzo de 1988.

Como consecuencia de la declaración anterior solicitó condenar a las entidades demandadas a pagar en favor del demandante perjuicios morales y materiales, más la correspondiente actualización y los intereses a que haya lugar.

La causa *petendi* de la acción consistió en:

"1.– El señor JOSE ANTONIO ORTIZ es propietario de la finca denominada "La Armenia", ubicada en la vereda La Tempestuosa, corregimiento de Pozo Nutria, municipio de San Vicente, Departamento de Santander y (sic) está circunsdada (sic) de cabecera al pie por una quebrada denominada "Caño Comején", de cuyas aguas se sostiene la finca para sus pastos, para los ganados y servidumbres y para consumo y necesidades de los vivientes y administradores, ya que es la única fuente de agua en el lugar.

"2.– La cita (sic) finca es ganadera y en ella pastaban doscientos cincuenta (250) vacunos, cuidados por cuatro (4) personas que allí vivían.

"3.– A finales de mil novecientos ochenta y cinco (1 985) mi poderdante observó que en dicha finca de su propiedad "La Armenia", corregimiento de Pozo Nutria, jurisdicción de San Vicente, el ganado en su totalidad atravesaba una crisis, la que después de estudios científicos, se constató que consistía en una deshidratación, "con disnea y taquicardia y una hiperqueratosis generalizada con depilación de la piel principalmente a nivel de cuello", constatándose "una neumonía generalizada" en los pulmones de los animales.

"4.– Esta enfermedad provino por beber agua de la quebrada "Comején" y comer pastos ribereños que resultaron contaminados (agua y pastos).

"5.– En consecuencia de esta enfermedad, resultaron muertas en el año 1985 (febrero y marzo) 13 reses de diferentes edades, y en el lapso posterior hasta enero de 1988 cincuenta y dos (52) más, todas de propiedad de mi poderdante. Esta enfermedad atacó a semovientes de otras fincas en donde también murieron reses y se causaron perjuicios a los propietarios.

"6.– Ante este grave problema el señor ORTIZ se dirigió a las autoridades civiles tales como: Servicio de Salud de Santander, Inderena, Instituto Nacional de Salud, adscrito al Ministerio de Salud, al Instituto Colombiano Agropecuario ICA, a la Universidad Industrial de Santander, cuyos representantes después de inspeccionar el terreno, de analizar muestras del "Caño Comején", conceptuaron y comprobaron la presencia de hidrocarburos derivados del petróleo en dicho año, y que esta presencia de hidrocarburos derivados del petróleo en el agua bebida por los animales y consumida a través del pasto que comían fue la causa de la muerte y de las enfermedades.

"7.– La Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, en desarrollo de sus actividades exploradoras y explotadoras del petróleo crudo, construyó a distancia inferior a veinte (20) metros y está administrando unas piscinas "Pozo Nutria 16, Pozo Nutria 17 y Pozo Nutria 29".

"8.– En estas piscinas o pozos, la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, deposita todos los desperdicios de las perforaciones en la explotación de pozos petroleros, almacenando en ellos derivados del crudo y otros químicos utilizados en esa actividad, y se presentaron filtraciones por fallas en los taludes de contención las que por inercia natural fueron a dar "al Caño Comején" contaminando así sus aguas".

"9.– La Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, desde por lo menos enero de 1985, tuvo conocimiento de este hecho y sin embargo no obstante las varias comunicaciones y solicitudes que hizo mi poderdante al respecto, ha hecho caso omiso.

"10.– Como consecuencia de los perjuicios anteriores, mi poderdante, tuvo que sacar el ganado de la finca y adquirir pastajes en arriendo, desde la fecha en que notó se le estaban muriendo. Así mismo, los vivientes que tenía el señor ORTIZ en su finca integrados por un hogar de cuatro personas, también tuvieron que emigrar de la finca en razón a que no podían consumir el agua del "Caño Comején".

"11.– El señor ORTIZ tuvo que abandonar por completo la actividad y producción de la finca.

"12.– También, a consecuencia de la contaminación del "Caño Comején" y la enfermedad y muerte de las reses de su propiedad, tuvo que pagar comisiones

de funcionarios e investigadores; cancelar consultas y conceptos y hubo que pagar enormes cantidades de droga...

"(...)"

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal para adoptar la decisión impugnada reflexionó en estos términos:

"(...)"

"La acción de reparación directa que acá se promueve por hechos considerados lesivos por el accionante, va encaminada a lograr el resarcimiento de un daño ocasionado supuestamente por actuaciones realizadas por la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, en desarrollo de sus labores propias de exploración y explotación de petróleo, en razón a que algunas de las reses que pastaban en su hacienda ingirieron agua contaminada por hidrocarburos, lo que les produjo la muerte.

"Esta entidad tiene su naturaleza definida legalmente; evidentemente al fl. 86 del expediente encontramos una fotocopias debidamente autenticadas en donde el Ministro de Minas y Energía certifica que es una empresa Comercial e Industrial del Estado vinculada a ese ministerio cuyo representante legal es el presidente de la misma.

"Para el caso en estudio la Corporación encuentra que las tareas que derivaron en un posible daño al particular no fueron de aquellas conocidas como funciones administrativas que también son propias de estos entes y que se juzgan ante esta jurisdicción, sino labores correspondientes al rol comercial que les compete a estas instituciones y que para el caso de Ecopetrol tienen la característica de asimilarse a las que realizan a nivel privado los particulares.

"El H. Consejero de Estado Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ en su obra Derecho Administrativo, General y Colombiano, 4a. edición, 1987, pág. 97 y s.s. nos explica cómo estos entes de conformidad con lo previsto con el Decreto 1050 de 1968, Artículo 6o. desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley; además que a pesar de ser las empresas, entidades estatales, ejercen funciones propias de los particulares. De otra parte como ejercen tareas similares a las del sector privado se ha considerado pertinente que se sometan al régimen de los particulares con el fin de que pueden actuar como estos.

"(...)"

"Según lo planteado por el H. Consejero de Estado Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO en su obra Derecho Procesal Administrativo, 2a. edición, 1.988,

"Se observa que los asuntos de responsabilidad contra las empresas industriales o comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta por sus actividades industriales y comerciales competen, por regla general, a la justicia ordinaria...".

"Las consideraciones hechas anteriormente llevan a esta Corporación a la conclusión de que los posibles daños que se pudieron causar por parte de la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, al demandante, se produjeron con ocasión de sus actividades propias al negocio industrial o comercial que realiza, es decir la explotación del petróleo, asimilable a una actividad de carácter privado que debe ser juzgada por la jurisdicción ordinaria; en consecuencia la excepción planteada en estas circunstancias es viable prospera frente a la entidad de la que nos hemos referido y frente a ella no puede hacerse ningún otro tipo de manifestación dentro de este proceso por las razones anotadas".

"Ahora bien, en cuanto hace relación a la Nación - Ministerio de Minas y Energía, como lo anotamos al comienzo de esta providencia al señor Ministro se le notificó de la actuación pero no existe constancia alguna dentro del expediente en el sentido de haber dado respuesta a las pretensiones del libelo.

"El numeral 1o. del acápite de la demanda correspondiente a declaraciones y condenas, solicita el reconocimiento de una responsabilidad extracontractual solidaria entre Ecopetrol y la Nación por los hechos y omisiones que generaron los perjuicios a que se refiere la acción de reparación directa. Solamente en este se menciona a la Nación, en los otros tres (3) numerales se solicita condena para Ecopetrol.

"Como se trata de dilucidar esa posible solidaridad entre estos dos entes jurídicos, la Sala considera que la Nación es una persona jurídica diferente a esta entidad descentralizada por ser esta última una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, regida por el Decreto 062 de 1970, con estatutos propios para la realización de sus actividades, goza en forma independiente de su personería, autonomía administrativa y capital, que le permiten obrar separadamente de la Nación, por lo cual no tiene cabida el tratar de ubicar una responsabilidad mancomunada por la naturaleza diferente de las mismas.

"De otra parte la ley 165 de 1948 que creó a Ecopetrol le atribuyó a esta institución el manejo exclusivo de las reservas petrolíferas del país, por lo cual endilgarle a la Nación responsabilidades complementarias con las de esta entidad, es desconocer la autonomía propia de dicha empresa descentralizada.

"La Sala se permite aclarar además, que no existe dentro del proceso prueba alguna que comprometa a la Nación -Ministerio de Minas y Energía y de la cual se pueda establecer o deducir una posible responsabilidad de su parte; toda la

prueba recaudada y aportada tiende a comprometer a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, que como ya hemos dicho no puede ser vinculada en este proceso por falta de jurisdicción.

El actor inconforme con la decisión del Tribunal interpuso el recurso de apelación y arguyó que en el caso *sub-examine* el Tribunal emitió "UN FALLO EXTRAPETITA" por cuanto declaró probada la excepción de falta de jurisdicción que nunca fue propuesta y estima que ello conllevaría a la invalidez e ineficacia de la sentencia por incongruencia de la misma; igualmente sostuvo:

"(...)"

"La Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, de acuerdo al Decreto 062 de 1970 (enero 20), es una empresa industrial y comercial de Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, autonomía administrativa y dispositiva, con patrimonio propio e independiente.

"De conformidad con el numeral sexto (6o.) de dicha normatividad, ECOPETROL tiene por objeto: a) La administración y manejo de todos los bienes muebles e inmuebles que revirtieron al Estado a la terminación de la antigua concesión de mares, y de los terrenos petrolíferos comprendidos en dicha concesión y sus zonas aledañas determinadas en los Decretos 1070 de 1953 y 2390 de 1955; b) **La administración,** disposición, manejo y explotación de los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento, terminales y en general de todos aquellos bienes muebles e inmuebles que el Estado adquiera por concepto de reversión de acuerdo con las leyes y contratos sobre petróleos; c) La administración y explotación de los demás terrenos petrolíferos y mineros que el gobierno le aporte o que la empresa adquiera a cualquier título; d) El desarrollo de cualquiera actividades comerciales e industriales relacionadas con la extracción y beneficio de los hidrocarburos, entendiéndose por tales el petróleo crudo y sus mezclas naturales, y los elementos que lo acompañan o se deriven de él; la celebración de toda clase de negocios en conexión con tales actividades y el desarrollo de operaciones subsidiarias o complementarias del objeto principal.

"De lo anterior se deduce sin dubitaciones que las actividades y funciones que realiza Ecopetrol, no son otras que administrar los terrenos petrolíferos del Estado explotando las minas de petróleos que pertenecen a la Nación, traducido para estos eventos jurídicos en Estado, y que el desarrollo de tales actividades industriales y comerciales van enderezadas a prestar un servicio público, pues ningún particular puede realizar tales actividades, ya que el monopolio sobre estas lo tiene exclusivamente la Nación a través de su administrador ECOPETROL, por eso no puede aducirse que dicho ente creado por el ESTADO cumpla funciones propias solamente del derecho privado. Se pregunta, acaso los particulares pueden administrar, disponer, manejar y explotar campos petro-

leros, construir oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento, estaciones de servicios (gas propano), etc?. Así ECOPETROL, se repite, es una empresa industrial y comercial del Estado y de acuerdo con el artículo 38 del Decreto 062 de 1970 la Nación a través del Ministerio de Minas y Energía ejerce sobre la empresa la **tutela gubernamental.**

"Dicho así, existe una responsabilidad solidaria entre la Nación que opera en este caso entre el Ministerio de Minas y Energía, y Ecopetrol, aquel es administrador de bienes y servicios de la primera, y ésta al igual que el Ministerio es administradora de todos los bienes y servicios relacionados con los hidrocarburos y sus derivados, los dos últimos entes (Ministerio de Minas y Energía y ECOPETROL) son administradores del primero (La Nación) que tiene el monopolio en materia de minas, energía y petróleos".

"(...)"

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala comparte los argumentos expuestos por el Tribunal, no obstante revocará la sentencia y declarará la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda inclusive.

En el caso *sub-examine* se reitera la tesis sostenida en auto de 17 de marzo de 1994, proceso No. 8734, Actor: TEOFISTO LAUREANO ROSERO Y OTROS, Consejero Ponente Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, que reza:

"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 Galindes.

"No es aplicable en este caso la tesis del fuero de atracción que ha sostenido la Sala en otras sentencias, en aquellas del 26 de marzo de 1993, proferida dentro del proceso radicado al No. 7476, actor: Ana Mariela Chamorro de Flórez, con ponencia del señor Consejero Uribe Acosta y del 4 de febrero de 1993, expediente No. 7506, Actor: Maximiliana Céspedes, Consejero Ponente Dr. 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 què 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 arrastrán 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 se 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. 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 reclamársele 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 Art. 140 del C.P.C., por falta de jurisdicción".

Las razones anteriores son suficientes para decretar la nulidad de lo actuado, pues, los elementos de juicios que se evidencian en el expediente permiten inferir que la entidad llamada a responder por los posibles perjuicios causados al demandante es la Empresa Colombiana de Petroleos, Ecopetrol.

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:

Declárase la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda inclusive.

Devuélvase al Tribunal de origen y publíquese en los Anales.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria Sección.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA/GASTOS DEL PROCESO/PAGO/ PARTES/MINISTERIO PUBLICO–Funciones

Los agentes del Ministerio Público al intervenir en los procesos judiciales, lo pueden hacer desde distintas ópticas, a saber: Como actores: como auxiliadores de cualquiera de las partes principales-privadas, patrocinando los puntos de vista del demandante o del demandado, pero siempre en interés de la legalidad, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales. En ningún caso pretenden la efectividad de intereses particulares, individuales para sí o para la entidad que representan. Así las cosas no resulta lógico, justo, ni legal, que se le adscriba al agente del Ministerio Público o a la entidad que ellos encarnan la carga de sufragar dineros indispensables para adelantar diversas etapas procesales, simplemente por la circunstancia de estar cumpliendo con los deberes que la Constitución y la ley les impone. Por estas circunstancias la exégesis que el auto recurrido, hace del artículo 389 numeral 1o. del C. de P. C., no se acompasa con la institución del Ministerio Público dentro de los procesos judiciales. Ante la carencia de norma legal que regule específicamente el caso, resulta lógico y equitativo que sean las partes principales-privadas, quienes en proporciones iguales sufraguen los emolumentos requeridos para el logro de los diversos acometidos procesales, sin perjuicio de lo que en la providencia final se resuelva sobre costas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9257. Actor: Jorge Luis Restrepo Montoya y Otros. Demandada: Policía Nacional.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor Procurador 32 en lo judicial adscrito al Tribunal Administrativo de Antioquia, contra el auto de agosto de 27 de 1993 en cuanto dispuso que "Los gastos que el llamamiento en garantía ocasiona, serán cubiertos por quien lo solicitó (art. 389 C.P.C.)".

ANTECEDENTES

Dentro del proceso de reparación directa promovido por Jorge Luis Restrepo Montoya y Otros contra la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional–, el señor agente del Ministerio Público radicado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, oportunamente hizo llamamiento en garantía para que en la sentencia definitiva se resuelva si los agentes de policía Conrado Castillo Orozco, Oscar Agudelo Ladino y Roberto Zuluaga Gutiérrez, resultan responsables y deben devolver lo que la parte demandada deba pagar a los actores, por cuanto los referidos agentes pudieron obrar con dolo o culpa grave en ejercicio de sus funciones.

El *a-quo* mediante auto de 25 de agosto de 1993 dispuso admitir el llamamiento en garantía y consiguientemente citar al proceso a los mencionados agentes de policía, para lo cual señaló el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de tal proveído, y adicionalmente ordenó la suspensión del proceso sin que tal suspensión excediere de noventa (90) días. Por último, estableció que los gastos que implique el llamamiento en garantía, "serán cubiertos por quien lo solicitó".

El señor Procurador 32 ante lo judicial recurre a la última parte del auto de agosto 27 de 1993 "para que este inciso sea revocado y en su lugar se ordene que sea la parte demandante quien corra con las expensas del llamamiento en garantía".

Para sustentar la apelación el recurrente llama la atención sobre el contenido del artículo 389 numeral 1o. del C. de P.C. cuando establece que cada parte sufragará los gastos que se causen en la práctica de diligencias y pruebas que solicite. Discurre sobre el alcance jurídico que se debe dar a la expresión "parte", para diferenciar a las propiamente tales, de la figura del Ministerio Público, quien por mandato del artículo 277 numeral 7o. de la Carta Política interviene en los procesos "en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales", sin que defienda un interés propio, por interviniente neutral, sin pretensión económica, sino buscando que la legalidad se conserve. Finalmente trae en respaldo de su tesis apartes de la sentencia de mayo 14 de 1993 proferida por esta Sala (actor: Fernándes Viñas Russi y Cía. Ltda.; expediente 6995; Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo) en donde se resaltó las características con que interviene el Ministerio Público en los procesos, es decir, como parte imparcial forzosa no técnicamente principal ni secundaria, pero todo con miras a salvaguardar el orden jurídico.

Para resolver se considera:

PRIMERO: La providencia impugnada es de aquellas que conforme a la ley es pasible del recurso de apelación:

SEGUNDO: No se encuentra normativa expresa en las disposiciones legales de orden procesal que señale a cargo del Ministerio Público costas, gastos o emolumentos que deban sufragar como si resulta frecuente que lo haga con respecto a las partes particulares.

TERCERO: El Ministerio Público de acuerdo con la Carta Política que nos rige, efectivamente cumple diversas funciones, pero específicamente dentro de los procesos que la ley señala intervienen en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

CUARTO: Los agentes del Ministerio Público al intervenir en los procesos judiciales, lo pueden hacer desde distintas ópticas, a saber: Como actores: como auxiliadores de cualquiera de las partes principales-privadas, patrocinando los puntos de vista del demandante o del demandado, pero siempre en interés de la legalidad, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales. En ningún caso pretenden la efectividad de intereses particulares, individuales para sí o para la entidad que representan.

Así las cosas no resulta lógico, justo, ni legal, que se le adscriba al agente del Ministerio Público o a la entidad que ellos encarnan la carga de sufragar dineros indispensables para adelantar diversas etapas procesales, simplemente por la circunstancia de estar cumpliendo con los deberes que la Constitución y la ley le impone. Por estas circunstancias la exégesis que el auto recurrido, hace del artículo 389 numeral 1o. del C. de P.C., no se acompasa con la institución del Ministerio Público dentro de los procesos judiciales.

Ante la carencia de norma legal que regule específicamente el caso, resulta lógico y equitativo que sean las partes principales-privadas, quienes en proporciones iguales sufraguen los emolumentos requeridos para el logro de los diversos acometidos procesales, sin perjuicio de lo que en la providencia final se resuelva sobre costas.

Este criterio ya había sido expuesto por la Sala en auto de enero 27 de 1994; Expediente 9017; Actor: Lilia C. Pulgarín; Consejero Ponente Doctor Juan Montes Hernández.

Por lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado,

RESUELVE:

REVOCASE la última parte del auto de agosto 27 de 1993, en cuanto dispuso que los gastos originados en el llamamiento en garantía fueran cubiertos por quien lo soli-

citó. En su lugar, se Dispone: Los gastos que el llamamiento en garantía ocasione, serán cubiertos en iguales proporciones por la parte demandante y por la parte demandada, sin perjuicio de lo que se disponga sobre costas en la sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE, DEVUELVASE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DE LA CORPORACION.

Esta Providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del catorce (14) de abril 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.

ACUMULACION DE PROCESOS

Resulta procedente acceder a la solicitud formulada de acumulación de procesos si se tiene en cuenta que los dos grupos de pretensiones que aquellos expedientes contienen bien pudieron presentarse en una misma demanda, por cuanto existe identidad del objeto sobre el que versan; se trata, en ambos casos, del mismo ente oficial demandado, se pueden adelantar bajo un mismo trámite y son susceptibles de decidirse en una sola sentencia, es decir, que se configuran las exigencias sobre acumulación de procesos previstas en los artículos 157 y siguientes del C. de P.C., aplicables al proceso contencioso administrativo.

PETICION DE OPORTUNIDAD/ACUMULACION DE PROCESOS/SUSPENSION DEL PROCESO

Con respecto a la petición de oportunidad formulada por el doctor Jesús Pérez González-Rubio en dos ocasiones, la última ante el Consulado General de Colombia en París, debe anotarse que conforme al inciso tercero del artículo 159 del C. de P.C., el proceso en el que se formuló la solicitud, se suspende *ipso-jure,* desde que se pidió la acumulación, situación en que permanecerá, conforme a lo indicado en el párrafo anterior, hasta cuando el proceso No. 7082 se encuentre en el mismo estado del presente. En consecuencia, no se accederá a la petición de oportunidad.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7056. Actor: Jesús Pérez González Rubio. Demandado: Ministerio de Minas y Energía.

Se procede a resolver la solicitud de 9 de febrero de 1994, de acumulación de los procesos números 7056 y 7082 formulada por el abogado Guillermo Sarmiento Rodríguez, quien actúa como impugnante, ambos en trámite ante la Sección Tercera de esta Corporación,en su orden, en los despachos de los Consejeros Daniel Suárez Hernández y Juan de Dios Montes Hernández.

Para fundamentar su solicitud se remite a lo expresado en su anterior petición acumulatoria fechada el 27 de julio de 1993, con la aclaración expresa de excluir de aquella el proceso No. 6976.

Del análisis de los procesos mencionados, es decir, los radicados bajo los números 7056 y 7082, se concluye que en los actuales momentos por excluirse de la acumulación el proceso No 6976, resulta procedente acceder a la solicitud formulada de acumulación de procesos si se tiene en cuenta que los dos grupos de pretensiones que aquellos expedientes contienen bien pudieron presentarse en una misma demanda, por cuanto existe identidad del objeto sobre el que versan; se trata, en ambos casos, del mismo ente oficial demandado, se pueden adelantar bajo un mismo trámite y son susceptibles de decidirse en una sola sentencia, es decir, que se configuran las exigencias sobre acumulación de procesos previstas en los artículos 157 y siguientes del C de P.C., aplicables al proceso contencioso administrativo.

Examinados los expedientes se infiere que el proceso más antiguo es el No. 7056, en el cual el auto admisorio de la demanda se produjo el 21 de noviembre de 1991 y se notificó por estado el 3 de marzo de 1992, en tanto que el No. 7082, si bien fue admitido en la misma fecha del anterior, sin embargo sólo fue notificado por estado el 21 de abril del mismo año.

Como los procesos a acumular no se encuentran en el mismo estado, se suspenderá la actuación en el No. 7056 hasta cuando el No. 7082 quede para proferir sentencia.

Con respecto a la petición de oportunidad formulada por el doctor Jesús Pérez González-Rubio en dos ocasiones, la última ante el Consulado General de Colombia en París, debe anotarse que conforme al inciso tercero del artículo 159 del C. de P.C., el proceso en el que se formuló la solicitud, se suspende *ipso-jure,* desde que se pidió la acumulación, situación en que permanecerá, conforme a lo indicado en el párrafo anterior, hasta cuando el proceso No. 7082 se encuentre en el mismo estado del presente.En consecuencia, no se accederá a la petición de oportunidad.

Por lo expuesto, este Despacho **RESUELVE:**

DECRETASE LA ACUMULACION de los procesos radicados bajo los números 7056 y 7082, los cuales continuarán tramitándose conjuntamente en este Despacho, con suspensión del No. 7056 hasta que el No. 7082 se encuentre en estado de dictar sentencia. **NIEGASE** la petición de oportunidad.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Daniel Suárez Hernández, Presidente.

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO–Improcedencia/**DERECHO SUBJETIVO, INDIVIDUAL Y CONCRETO**–Inexistencia/**LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**–Titularidad

Ejercita el demandante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la Resolución No. 3533 del Ministerio de Minas y Energía, mediante la cual se otorgó la Licencia de Exploración No. 13.475 a la Sociedad Los Topos Minería Ltda., para la exploración de Arcillas, materiales de construcción y demás minerables concesibles, ubicados en jurisdicción del Municipio de Tabio, dentro de los terrenos alinderados específicamente en el texto miso del acto demandado. El demandante en el *sub-lite* no tiene derecho subjetivo alguno, de carácter individual y concreto por hacer valer; esto es, que no se encuentra legitimado para pretender la nulidad y restablecimiento de los derechos deprecados con la demanda; el actor no es titular de la acción de nulidad y restablecimiento ejercitada contra el acto administrativo demandado que constituye una situación jurídica, individual y concreta en beneficio de la firma Los Topos Minería Ltda. A1 haberse incoado equivocadamente la acción de nulidad con restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., cuando legalmente correspondía ejercer una acción colectiva en beneficio de determinado grupo o comunidad, se presenta el fenómeno procesal de inepta demanda por indebida escogencia y ejercicio de la acción, lo que impone al juzgador inhibirse para proferir decisión de mérito.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO–Improcedencia/**DERECHO SUBJETIVO, INDIVIDUAL Y CONCRETO**–Inexistencia/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**–Finalidades

Ahora bien, se pregunta la Sala si el derecho invocado por el actor, cuya reparación impetra, es susceptible de ser restablecido mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A. La respuesta que se impone es negativa dado que el derecho presuntamente violado por la administración no tiene las características de ser particular, subjetivo, directo y de contenido patrimonial. Precisamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, anteriormente conocida como de plena jurisdicción, busca antes que el restablecimiento de la legalidad objetivamente considerado, la protección directa del derecho subjetivo y particular violentado o desconocido por el acto demandado. Se requiere, pues, que se dé la vulneración de un derecho subjetivo, concreto e individual y, precisamente en el *sub-judice,* no encuentra la Sala acreditada la existencia de ese derecho. Es decir, que no se configura la finalidad misma de la acción de nulidad y restablecimiento ejercitada, la cual radica concretamente en la garantía y protección de los derechos personales del demandante, violados o conculcados por la administración.

IMPACTO AMBIENTAL–Permiso/CAR/OPOSICION ADMINISTRATIVA–Ambiental/MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA/OPOSICION ADMINISTRATIVA–Minera/LICENCIA PARA LA EXPLORACION DE MATERIALES DE CONSTRUCCION/PATRIMONIO ECOLOGICO/ RECURSOS NATURALES–Paisaje

El derecho que el demandante considera violado lo hace consistir en la oposicion que ejercía a la solicitud de permiso formulado ante la CAR por la firma Concretos Diamante S.A., oposición que no pudo ejercer ante el Ministerio de Minas y Energía al tramitarse ante este último la solicitud de la firma Los Topos Minería Ltda. Esa oposición que dice ejercía el actor ante la CAR, no corresponde, sin embargo a la oposición contemplada en el Capítulo XXIX del Código de Minas, concretamente en el artículo 269, que al referirse a las oposiciones administrativas, posibles desde la presentación de la solicitud de un título, hasta dos meses después de la inscripción en el registro minero, el opositor deberá acreditar "un título anterior vigente que comprenda todo o parte del área y se refiera a los mismos minerales", o, que "tenga sobre el área una propuesta anterior vigente que comprenda los mismos minerales", en cuyo caso el Ministerio ordenará el archivo de la nueva propuesta o la cancelación o modificación del nuevo título. Ninguna de estas situaciones planteó el actor, pues no demostró el título minero anterior para la explotación de conglomerados cuarcíticos, o que hubiera formulado ante alguna autoridad una propuesta anterior para esos mismos minerales.

INTERES JURIDICO EN LAS ACCIONES/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ACCION DE NULIDAD

Resulta clara entonces la falta de interés jurídico en el demandante, entendiendo éste como "la necesidad del proceso para satisfacer el derecho afirmado como fundamento de la pretensión o de la defensa", al decir del profesor Hernando Morales Molina. Tal interés, indispensable en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no se requiere en la acción de simple nulidad, donde el actor no se encuentra obligado a demostrar una causa privada y personal, o un interés particular que fundamente su reclamación.

MEDIO AMBIENTE–Defensa/ACCIONES POPULARES/ACCION DE CUMPLIMIENTO

Dada la finalidad perseguida por el actor que no es distinta a la protección de los intereses colectivos de la región y sus habitantes, para la Sala la acción utilizada fue equivocada, por cuanto ha debido acudir a las acciones populares, previstas en los artículos 1005 y 2358 y siguientes del C.C., hoy reiteradas y ampliadas en su número por el artículo 88 de la Constitución Política.

ACCIONES POPULARES/MEDIO AMBIENTE–Defensa/LEGITIMACION–Inexistencia/DERECHOS COLECTIVOS

Las acciones populares constituyen la vía adecuada de reclamación judicial en casos como el examinado, de defensa del medio ambiente precisamente porque por su finalidad pública y colectiva, carecen de contenido subjetivo o individual y no se hallan supeditadas por ningún requisito de legitimación en el accionante, como no sea el de integrar el grupo popular cuyos derechos colectivos se pretende defender.

ACCIONES POPULARES/ACCIONES POSESORIAS/ESPACIO PUBLICO–Defensa/MEDIO AMBIENTE–Defensa/BIENES DE USO PUBLICO/LEY REFORMA URBANA

El Título XIV del Código Civil, al tratar de algunas acciones posesorias, consagra en el artículo 1005 el ejercicio de una acción popular que tiene por fundamento la protección de un interés general "en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público". Por otra parte, esta acción también se encuentra prevista en los artículos 8o. de la Ley 9a. de 1989, o la Ley de Reforma Urbana, y 5o. y 6o. del Decreto 2400 de 1989.

DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES/ACCIONES POPULARES–Trámite/**PROCESO ABREVIADO/LEY DEL MEDIO AMBIENTE/ NORMA TRANSITORIA/NORMA PERMANENTE/ACCION DE CUMPLIMIENTO/PROCESO EJECUTIVO**

Al expedirse el Decreto 2651 de 1991, "para descongestionar los despachos judiciales", se dispuso en su artículo 49 que "Las acciones populares se tramitarán mediante el procedimiento abreviado, en dos instancias", es decir, que en la práctica se volvió al trámite inicialmente consagrado en el original numeral 8 del artículo 414 del C. de P.C. Ahora, en fecha más reciente, en la Ley 99 de 1993 mediante la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se dispuso en el último inciso del artículo 75 que "salvo lo dispuesto en este artículo, en el trámite de acciones populares se observará el procedimiento señalado en el Decreto 2651 de 1991, el cual se adopta como norma legal permanente". El mismo estatuto, en el artículo 77, al regular el procedimiento de la acción de cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente, establece que tal cumplimiento podrá demandarse a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil.

ACCION POPULAR–Trámite/**BIEN RURAL/ZONA RURAL/PROCESO VERBAL/LEY ESPECIAL**–Prevalencia/**PROCESO VERBAL SUMARIO**

La acción popular respecto de bienes y lugares agrarios, o rurales no agrarios, estima la Sala que deberá seguirse el procedimiento verbal consagrado en el numeral 2, del artículo 63 del Decreto 2303 de 1989, estatuto éste que por razón de su especialidad, conforme al artículo 5o. de la Ley 57 de 1887 debe preferirse, o, el verbal sumario del artículo 435, numerales 6 y 7 del C. de P.C., respectivamente.

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

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6325. Actor: Germán Cavelier Gaviria. Demandado: Ministerio de Minas y Energía.

El doctor GERMAN CAVELIER GAVIRIA, en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, formuló demanda ante el Consejo de Estado "para

que mediante los trámites de un proceso ordinario, con la audiencia y citación del Ministro de Minas y Energía y del Ministerio Público, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada material, se declare la NULIDAD de la Resolución No. 3533 del 27 de noviembre de 1989 y me sea restablecido el derecho que por su causa me fue conculcado, por ser violatoria de la ley...".

1. FUNDAMENTOS DE HECHO

Aparecen relacionados en la demanda así:

"1. El Ministerio de Minas y Energía otorgó la licencia para la exploración de materiales de construcción No. 13475, a la sociedad LOS TOPOS MINERIA LTDA., en una zona localizada en jurisdicción del municipio de Tabio, departamento de Cundinamarca, mediante resolución No. 3533 del 27 de noviembre de 1989 (anexo copia auténtica de la resolución).

"2. Por su parte la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá , Ubaté y Suárez, CAR, tramita actualmente varias solicitudes de permisos de extracción de materiales de construcción –presentadas con anterioridad al 24 de junio de 1989– en áreas que coinciden parcialmente con el área de la licencia de exploración No. 13475, otorgada por el Ministerio de Minas y Energía.

"3. En efecto, el área de la licencia No. 13475, otorgada por el Ministerio de Minas y Energía, se superpone a las zonas correspondientes a las solicitudes de permiso de extracción de materiales de construcción, radicadas con losexpedientes Nos. 3136, 276, 4229 y 5099 que se tramitan ante la CAR.

"4. Con el objeto de probar la superposición de áreas a que se ha hecho referencia, anexo a la presente demanda, presento copia auténtica de los siguientes documentos:

"a) Plano topográfico presentado ante el Ministerio de Mínas y Energía, en donde se demarcaron todas las solicitudes existentes, a esa fecha, en el área que comprende el polígono delineado.

"b) Plano topográfico –idéntico al mencionado en el literal anterior– presentado ante la CAR, en donde se demarcaron las solicitudes en trámite ante esa corporación.

"c) Plano topográfico en donde se dibujaron, el área de la licencia No. 13475 –otorgada por el Ministerio de Minas y Energía– de acuerdo con lo que esta entidad demarcó en el plano a que se alude en el literal a); y la zona correspondiente a los expedientes No. 3136, 276, 4229 y 5099 que se tramitan ante la CAR, igualmente, según lo trazado por la Corporación en el plano a que se refiere el literal b).

"Aquí se observa con absoluta claridad la coincidencia entre la zona objeto de las solicitudes ante la CAR y la zona objeto de la solicitud ante el Ministerio". (folios 14 y 15).

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Manifiesta el actor que con anterioridad a la expedición del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988), los materiales de construcción no se consideraban minerales, salvo los de arcilla, razón por la cual su explotación no se regía por el estatuto minero y su autorización era competencia de distintas entidades: Inderena y Corporaciones Autónomas Regionales. Luego de la vigencia del ordenamiento minero tales materiales fueron regulados por el mismo.

Para la época de vigencia del nuevo Código de Minas (24 de junio de 1989) se hallaban en trámite ante el Inderena y las Corporaciones Autónomas Regionales solicitudes de permiso de extracción de materiales de construcción. Por tal motivo el Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución 2011 de 1989, estableció:

"ARTICULO PRIMERO.– Las autoridades y entidades que hasta el 24 de junio de 1989 venían conociendo de las solicitudes para explotar materiales de construcción, continuarán el trámite y resolverán aquellas que hubiesen sido presentadas hasta esa fecha, en calidad de comisionadas por el Ministerio de Minas y Energía.

"ARTICULO SEGUNDO.– A partir del 25 de junio de 1989, las solicitudes de licencia para explotar o explorar materiales de construcción, deberán ser presentadas ante el Ministerio de Minas y Energía".

La norma anterior encuentra fundamento en la competencia que al Ministerio de Minas y Energía le atribuye el artículo 263 del Código de Minas, cuyo texto es el siguiente:

> "Art.263.– Delegación a entidades seccionales y locales. Los trámites de los negocios mineros y la expedición de los actos administrativos que los definan podrán delegarse por el Ministerio en las Gobernaciones, Intendencias, Comisarías y Municipios. También podrán delegarse en Corporaciones de Desarrollo Regional que tengan entre sus fines las actividades mineras".

Conforme a lo anterior, afirma el actor que el Ministerio aludido **delegó** en las Corporaciones Autónomas Regionales, la competencia para tramitar y decidir las solicitudes referidas, presentadas antes del 24 de junio de 1989, cuando entró a regir el estatuto minero. En tales condiciones, estima que el Ministerio de Minas y Energía carece de competencia para tramitar y decidir las solicitudes presentadas con anterioridad a esa fecha, sin interesar si se trata del mismo solicitante ante ambas entidades, en razón a que "la delegación no obra para solicitantes o personas sino para zonas o

áreas", y sin interesar tampoco que el título sea únicamente exploratorio, pues en tal evento el Ministerio carece de competencia por cuanto vencida la licencia de exploración, se tiene el derecho cierto al título de explotación, el cual no puede negarse por tratarse de una facultad reglada y no discrecional.

El Ministerio de Minas y Energía adelantó paralelamente con la CAR el trámite de la Licencia No. 13475 sin tener competencia por haberla delegado. Por consiguiente, el acto administrativo que la concedió adolece de nulidad, pues se está violando la norma que concede la competencia a otra autoridad, en este caso la resolución No. 2011 de 1989.

3. INTERES JURIDICO - RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Fundamenta el actor su interés jurídico para demandar, de una parte, por su condición de opositor a las solicitudes de permiso tramitadas ante la CAR (expedientes Nos. 3136, 276, 4229 y 5099) y de otra, por la vecindad entre el área a que se refieren las solicitudes de permiso tramitadas ante la CAR y licencia No. 13475 otorgada por el Ministerio de Minas y Energía y su casa de habitación en el municipio de Tabio.

Como restablecimiento del derecho persigue el demandante "la mera declaración de nulidad de los actos acusados, por falta de competencia del Ministerio de Minas y Energía. De este modo, el trámite que conduce al otorgamiento del derecho a explotar los yacimientos de materiales de construcción en esa área determinada, será el que se surte ante la CAR, en el cual puedo ejercer, conforme a la ley, mi derecho a la oposición", precisamente porque la administración no le brindó la oportunidad de interponer los recursos procedentes, haciendo nugatorio su derecho de intervenir en el otorgamiento del derecho a explotar dicha área.

Expresa que no agotó la vía gubernativa porque la administración no le dio la oportunidad de interponer los recursos procedentes, por lo que se tipifica el evento del inciso tercero del artículo 135 del C.C.A., es decir, que puede demandar directamente el acto administrativo.

4. RESPUESTA DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Al contestar la demanda la apoderada del Ministerio de Minas y Energía señala que la competencia de las autoridades como regla general es permanente y que frente a las excepciones el criterio de interpretación debe ser restrictivo y por lo mismo ceñido al tenor literal de la norma, en este caso, la Resolución 2011 de 1989, según la cual, la comisión se dio para las solicitudes sobre exploración y explotación de materiales de construcción, de las cuales el Ministerio conoce de aquellas posteriores al 24 de junio de 1989. Como la Licencia No. 13475 se presentó para arcillas y demás minerales concesibles, los cuales no son considerados como materiales de construcción, sí le correspondía al Ministerio del ramo tramitar la licencia correspondiente.

Como la Sociedad Minera Los Topos Ltda. formuló la solicitud de permiso para explorar materiales de construcción el 26 de junio de 1989, en vigencia del Código de Minas y entonces ya el Ministerio había adquirido competencia para conocer de tales licencias, concluye que la petición sí se hizo ante la autoridad competente, lo que no habría sucedido si la formula ante la CAR. Concluye así que no hay nulidad del acto acusado por razón de incompetencia.

Con referencia a la exigencia del actor para que fuera notificado de la resolución demandada, por haber sido opositor en algunas actuaciones cumplidas ante la CAR, anota la apoderada del Ministerio que ninguna normatividad le impone al mismo notificar a personas que intervienen en trámites ajenos a ese Despacho, sin perjuicio, desde luego, de la notificación de los actos administrativos de carácter particular que deben notificarse a los intervinientes en su trámite o de los terceros acreditados en el expediente o de quienes se deduzca que deben ser notificados, de conformidad con el artículo 46 del C.C.A., situación no aplicable al actor por cuanto no se vio afectado en forma directa e inmediata con el otorgamiento de la licencia, a más de que bien hubiera podido intervenír ante el Ministerio en la misma forma que lo hizo ante la CAR, para pedir que no se otorgara la licencia mencionada, con la advertencia de que su calidad de opositor ante esa dependencia, o su vecindad domiciliaria, no eran suficientes ante el Ministerio para fundamentar su oposición en razón a que el estatuto minero no lo permite.

Propone la caducidad de la acción teniendo en cuenta que la resolución acusada se inscribió en el Registro Minero el 31 de enero de 1990 y la demanda se presentó el 8 de agosto del mismo año. Solicita para concluir que se desestimen las peticiones de la demanda.

5. RESPUESTA DE "LOS TOPOS MINERIA LTDA."

Con respecto a los hechos, señala el apoderado de la firma mencionada que si bien es cierto le fue otorgada la Licencia 13.475, la misma se concedió para arcillas como materiales de construcción, y que si inicialmente en septiembre de 1988 se pidió para arcillas y demás minerales concesibles, luego, el 26 de junio de 1989 se pidió ampliarla a materiales de construcción.

En relación con el expediente No. 3.136 de la CAR, la firma Concretos Diamante S.A., solicitante del permiso de explotación, desistió de su solicitud desde el 6 de febrero de 1991 y consecuencialmente desapareció el interés jurídico de cualquier tercero opositor, con mayor razón cuando el demandante en este proceso fundamentaba su oposición en el ejercicio del derecho de petición en interés general. En relación con los otros expedientes, considera que carecen de relievancia jurídica respecto de la presente controversia. Afirma además que no se da la superposición entre las áreas a que se refieren tales actuaciones y el área correspondiente a la licencia 13.475, por cuanto en un caso se presentó el desistimiento, en otro fue eliminada por el propio Ministerio

de Minas y Energía, en el No. 5.099, aun si se acepta la coincidencia de áreas, el objeto en cada caso es diferente.

Con relación al alegado interés jurídico para demandar, por razón de la vecindad del actor con la zona autorizada de explotación, considera que no se puede predicar tal vecindad cuando entre uno y otro terreno media una distancia no menor de dos kilómetros, sin contar los antecedentes topográficos significativos, como alturas y ríos, que impiden siquiera visualizarse mutuamente la zona de exploración con la residencia del demandante.

Razona el apoderado de la firma beneficiada con el acto demandado en el sentido de señalar que con anterioridad a la vigencia del Código de Minas (24 de junio de 1989), los dueños de las canteras debían solicitar a la CAR los respectivos permisos de extracción, concesión de aguas o permiso de vertimientos, y cuando las canteras se encontraran en zonas de usos superficiarios restringidos, debían solicitar permiso de localización de la industria en la zona correspondiente. Entrado en vigencia el Estatuto Minero, se estableció que el interesado al obtener el título minero respectivo, licencia de exploración, licencia de explotación, contrato de concesión, aporte, este conllevaba, *ipso-jure,* la denominada licencia ambiental, con la obligación, desde luego, de conservar o restaurar los recursos naturales renovables y del medio ambiente. Recuerda que debe considerarse beneficiario de derecho minero, de acuerdo con el Código y sus normas reglamentarias, al propietario del suelo que antes del 24 de junio de 1989 hubiera descubierto y explotado las canteras ubicadas en su predio. Para quienes después de esa fecha pretendieren explotar materiales de construcción de canteras, deberán solicitar la correspondiente licencia ante el Ministerio de Minas y Energía y el consiguiente contrato de concesión, en los cuales se entenderá implícita la licencia ambiental.

Al referirse al tema de la comisión a la CAR, sostiene que en la Resolución 2.011 de 1989 se invocó no sólo el artículo 263 del Estatuto Minero, sino también el 264,de donde concluye "que fue el mecanismo de la comisión y no el de la delegación el que utilizó el Ministerio en la mencionada providencia". Sostiene que la autoridad o funcionario que delega o comisiona, conserva incólume su competencia para conocer sobre los asuntos no delegados o comisionados, e inclusive la conserva en los mismos negocios objeto de delegación o comisión en aquellos casos en que éstas se hubieren dado para determinados aspectos o diligencias.

Sobre el criterio del actor de que la comisión o delegación que hizo el Ministerio se refería a zonas o áreas y no a personas, por lo que dicha entidad no podía conocer ningún otro negocio que tuviera relación con las mismas, estima que choca contra el mismo texto de la delegación que se refiere a solicitudes para explotar materiales "que hubieren sido presentadas hasta esa fecha", sin hacer distinción de ninguna naturaleza la norma mencionada.

Al referirse al interés jurídico para demandar, aduce el apoderado de "Los Topos Minería Ltda.", que la condición de opositor del demandante dentro de los expedientes adelantados en la CAR tiene un carácter de interés general por cuanto el actor en ningún momento solicita para él el reconocimiento "de un interés particular, subjetivo, directo, específico, inmediato y de contenido patrimonial", con mayor razón si se observa que sus intervenciones son susceptibles de provocar la actuación oficiosa de aquella entidad y por lo tanto no son desistibles. Sostiene que el derecho de petición es un derecho político que tiene todo ciudadano y no puede ligarse a la suerte o al trámite de solicitudes concretas de terceros, aunque se haya iniciado por causa de estas, menos aún, a la presentación y evacuación de peticiones de terceros, formuladas y evacuadas ante otra autoridad.

Con referencia a la vecindad del demandante, la cual nada agrega, en criterio de la sociedad mencionada, para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque no demuestra por sí sola el interés directo, personal, concreto e individual de quien ejerce este tipo de acción. Por lo demás afirma que la aplicación de normas de conservación ecológica y protección del medio ambiente no se reconocen como causales de oposición administrativa, y que de serlo, han debido formularse desde cuando se presentó la solicitud (29 de septiembre de 1988), hasta el 30 de marzo de 1990, es decir, dos meses luego de la inscripción en el Registro Minero, lo que no hizo el actor. Para concluir, se propuso las excepciones de carencia de interés para demandar, falta de legitimación en la causa y caducidad de la acción.

6. ALEGACIONES DE LAS PARTES

Tanto la parte demandante por conducto de su apoderado, como el Ministerio de Minas y Energía y la Sociedad "Los Topos Minería Ltda.", presentaron sendos escritos como alegaciones de conclusión, en las cuales, con fundamento en lo probado dentro del proceso arribaron a las conclusiones propias e inherentes a sus respectivos intereses jurídicos y procesales. La actora reitera sus pedimentos formulados en la demanda para que se acceda a declarar la nulidad de la Resolución No. 3533 de 27 de noviembre de 1989 y se restablezca el derecho conculcado en el sentido de que todos los trámites referentes al área solicitada en el expediente No. 13 475 se adelanten ante la CAR, para así poder ejercer su legítimo derecho a proteger el ambiente. El ministerio demandado y la empresa minera interviniente en este proceso se pronunciaron simultáneamente en el sentido de que deben negarse las súplicas de la demanda y declarar la caducidad de la acción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Ejercita el demandante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la Resolución No. 3533 del Ministerio de Minas y Energía, mediante la cual se otorgó la Licencia de Exploración No.13.475 a la Sociedad Los Topos Minería Ltda., para la

exploración de Arcillas, materiales de construcción y demás minerales concesibles, ubicados en jurisdicción del Municipio de Tabio, dentro de los terrenos alinderados específicamente en el texto mismo del acto demandado.

2. Fundamenta el actor su interés jurídico para demandar y pedir el restablecimiento del derecho en dos puntos fundamentales: el primero, por haber sido opositor a las solicitudes de permiso de extracción de materiales deconstrucción ante la CAR, en las actuaciones administrativas correspondientes a los expedientes números 3136, 276, 4229 y 5099; el segundo, por la vecindad entre la zona a que se refieren las solicitudes de permiso y la Licencia No. 13.475 otorgada, con la residencia del demandante en el municipio de Tabio. El restablecimiento del derecho consiste en poder actuar como opositor dentro de los trámites que se surten en la CAR.

3. Encuentra la Sala acreditado que efectivamente si se dio una superposición entre la zona a que se refiere el expediente 3136 de Concretos Diamante S.A., sobre un permiso de explotación de conglomerados cuarcíticos, con el área sobre la cual se concedió la Licencia de ExploraciónNo. 13475 a la firma Los Topos Minería Ltda. Así mismo está probado que el actor es vecino del municipio de Tabio y que ante la CAR había pedido que no se concediera la licencia solicitada para evitar perjuicios a la población y al medio ambiente de dicha localidad. Esta solicitud la formuló en ejercicio del derecho de petición en interés general, el mismo que le sirvió de fundamento para hacer su oposición en las otras actuaciones administrativas cumplidas ante la CAR, cuyos resultados no interesan en el *sub-judice,* dado que se trata de asuntos ajenos al contemplado en la licencia No. 13475 controvertida en este proceso.

4. Estima el demandante que el Ministerio carecía de competencia para tramitar la licencia referida por cuanto la había delegado en la CAR, originando en tales condiciones una superposición de áreas. Considera entonces que por tal delegación el Ministerio había perdido esa competencia y consecuencialmente deviene nulo su acto. Tal criterio, sin embargo, resulta equivocado para la Sala por cuanto mal puede entenderse que la sola delegación de competencia implique su pérdida en quien por ley le corresponde, o le impida que en un momento dado la reasuma En el caso examinado es claro que el Ministerio en la Resolución 2011 de 1989 "por la cual se **comisiona temporalmente** a unas autoridades...", concretamente a la CAR, de ninguna forma se privó o autolimitó su competencia para tramitar negocios o solicitudes nuevas o posteriores al 24 de junio de 1989, y la actuación ministerial censurada debe entenderse como si la misma autoridad que había delegado o comisionado, recuperara esa competencia que le permitía tramitar y otorgar la licencia contenida en el acto demandado. Téngase en cuenta además, para los efectos de este proceso, que la superposición con el área del expediente 3136 en los actuales momentos, por sustracción de materia, no permitiría la actuación del demandante, en razón a que la firma Concretos Diamante S.A., desistió ante la CAR de su solicitud y esta entidad mediante la Resolución No. 1380 de 27 de marzo de 1992 aceptó tal desistimiento.

5. Ahora bien, se pregunta la Sala si el derecho invocado por el actor, cuya reparación impetra, es susceptible de ser restablecido mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A. La respuesta que se impone es negativa dado que el derecho presuntamente violado por la administración no tiene las características de ser particular, subjetivo, directo y de contenido patrimonial. Precisamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, anteriormente conocida como de plena jurisdicción, busca antes que el restablecimiento de la legalidad objetivamente considerada, la protección directa del derecho subjetivo y particular violentado o desconocido por el acto demandado. Se requiere, pues, que se dé la vulneración de un derecho subjetivo, concreto e individual y, precisamente en el *sub-judice,* no encuentra la Sala acreditada la existencia de ese derecho.Es decir, que no se configura la finalidad misma de la acción de nulidad y restablecimiento ejercitada, la cual radica concretamente en la garantía y protección de los derechos personales del demandante, violados o conculcados por la administración.

El derecho que el demandante considera violado lo hace consistir en la oposición que ejercía a la solicitud de permiso formulado ante la CAR por la firma Concretos Diamante S.A., oposición que no pudo ejercer ante el Ministerio de Minas y Energía al tramitarse ante este último la solicitud de la firma Los Topos Minería Ltda. Esa oposición que dice ejercía el actor ante la CAR, no corresponde, sin embargo a la oposición contemplada en el Capítulo XXIX del Código de Minas, concretamente en el artículo 269, que al referirse a las oposiciones administrativas, posibles desde la presentación de la solicitud de un título, hasta dos meses después de la inscripción en el registro minero, el opositor deberá acreditarun título anterior vigente que comprenda todo o parte del área y se refiera a los mismos minerales", o, que "tenga sobre el área una propuesta anterior vigente que comprenda los mismos minerales", en cuyo caso el Ministerio ordenará el archivo de la nueva propuesta o la cancelación o modificación del nuevo título. Ninguna de estas situaciones planteó el actor, pues no demostró el título minero anterior para la explotación de conglomerados cuarcíticos, o que hubiera formulado ante alguna autoridad una propuesta anterior para esos mismos minerales.

Sin duda, que las manifestaciones de oposición por "el peligro inminente de cambios ecológicos en la región", o que se alteraban "perjudicial y antiestéticamente los paisajes naturales lesionando de esta manera el interés general de la comunidad", basando esa supuesta oposición "en motivos de interés público", no configuraban, ni tipificaban la figura de la oposición administrativa contemplada en el ordenamiento minero. No se daba en tales condiciones la violación de un derecho amparado en una norma jurídica, como lo exige el artículo 85 del C.C.A., reformado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989.

6. De otra parte, no obstante que se acreditó la vecindad del demandante en el municipio de Tabio, lo cierto es que esa sola circunstancia no resulta suficiente para deducir de allí la vulneración de un derecho particular y concreto Además, vale anotar

que la casa del actor no queda dentro del área o zona sobre la cual Concretos Diamante S.A. formuló su hoy desistida solicitud, como tampoco queda ubicada dentro de la zona a que se refiere la Licencia No. 13.475 concedida en el acto acusado.

7. Resulta clara entonces la falta de interés jurídico en el demandante, entendiendo éste como "la necesidad del proceso para satisfacer el derecho afirmado como fundamento de la pretensión o de la defensa", al decir del profesor Hernando Morales Molina. Tal interés, indispensable en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no se requiere en la acción de simple nulidad, donde el actor no se encuentra obligado a demostrar una causa privada y personal, o un interés particular que fundamente su reclamación. En el *sub-júdice* no se encuentra ese interés jurídico, particular y concreto, entre otras razones porque nunca ejerció el derecho de oposición en la forma indicada por el ordenamiento minero, ni ante la CAR, mucho menos ante el propio Ministerio. Adicionalmente puede agregarse que esta última entidad al estudiar la llamada oposición del hoy demandante, seguramente la habría desestimado frente a las normas del Código de Minas reguladoras de la oposición administrativa, cuyas condíciones no satisfacía el opositor, disposiciones que por expreso mandato del artículo 3o. de la Resolución No. 2011 de 1989, reguladora de la comisión, la CAR debía aplicar.

8. De acuerdo con lo expuesto ydada la finalidad perseguida por el actor que no es distinta a la protección de los intereses colectivos de la región y sus habitantes, para la Sala la acción utilizada fue equivocada, por cuanto ha debido acudir a las acciones populares, previstas en los artículos 1005 y 2358 y siguientes del C.C., hoy reiteradas y ampliadas en su número por el artículo 88 de la Constitución Política. La normatividad vigente para la época de presentación de la demanda permitía ejercitar dichas acciones populares. Como se precisará más adelante, hoy existe mayor amplitud en cuanto a la regulación legal para el ejercicio de tales acciones.

Comparte la Sala la posición de la Corte Constitucional, al manifestar en sentencia de 18 de septiembre de 1992, que "La Acción Popular consagrada en el artículo 1005 del C.C., puede ahora, con sobradas y explícitas razones constitucionales, ser interpretada y desarrollada por los jueces en los casos concretos de controversia sobre los bienes y derechos públicos y colectivos para asegurar su amparo judicial específico y concreto, **inclusive sobre el ambiente**" (Subrayas fuera de texto).

Cabe señalar que las acciones populares constituyen la vía adecuada de reclamación judicial en casos como el examinado de defensa del medio ambiente, precisamente porque por su finalidad pública y colectiva, carecen de contenido subjetivo o individual y no se hallan supeditadas por ningún requisito de legitimación en el accionante, como no sea el de integrar el grupo popular cuyos derechos colectivos se pretende defender.

Ahora bien, el Título XIV del Código Civil, al tratar de algunas acciones posesorias, consagra en el artículo 1005 el ejercicio de una acción popular que tiene por

fundamento la protección de un interés general "en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público". Por otra parte,esta acción también se encuentra prevista en los artículos 8o. de la Ley 9a. de 1989, o Ley de Reforma Urbana, y 5o. y 6o. del Decreto 2400 de 1989, en los siguientes términos:

> "Artículo 8o. Los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieron el interés público o la seguridad de los usuarios.
>
> "El incumplimiento de las órdenes que expida el Juez en desarrollo de la acción de que trata el inciso anterior configura la conducta prevista en el artículo 184 del Código Penal de "fraude a resolución judicial".
>
> "La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil podrá interponerse en cualquier tiempo, y se tramitará por el procedimiento previsto en el num.8 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil".
>
> "Artículo 5o. Para efectos del artículo 8o. de la Ley 9 de 1989, se entiende por usuario del espacio público y del medio ambiente cualquier persona pública o privada que haga uso o pueda llegar a hacer uso de un determinado espacio público o que haya sido afectada o pueda ser afectada por un determinado medio ambiente.
>
> "Artículo 6o. La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil, podrá ser ejercitada por los usuarios para la defensa del espacio público y del medio ambiente.
>
> "Para determinar el Juez competente, se tendrá en cuenta el carácter público o privado de la persona demandada"-

Conviene anotar que el trámite señalado en el numeral 8 del artículo 414 del C. de P. C.EXP. 6325, correspondía al procedimiento abreviado. Sin embargo, con la reforma contendida en el Decreto 2282 de 1989 se ubicó como verbal sumario, y de acuerdo con el artículo 63, numeral 2o., del Decreto 2303 de 1989, "por el cual se crea y organiza la Jurisdic-ción agraria", los asuntos "relacionados con la defensa mediante acción popular, de los bienes de uso público de que trata el artículo 1005 del Código Civil, que estén ubicados en zonas rurales y no comprendidos en las previsiones del artículo 118 y siguientes de este decreto, se tramitarán en proceso verbal".

Sin embargo, al expedirse el Decreto 2651 de 1991, "para descongestionar los despachos judiciales", se dispuso en su artículo 49 que "Las acciones populares se

tramitarán mediante el procedimiento abreviado, en dos instancias", es decir, que en la práctica se volvió al trámite inicialmente consagrado en el original numeral 8 del artículo 414 del C. de P.C. Ahora, en fecha más reciente, en la Ley 99 de 1993 mediante la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se dispuso en el último inciso del artículo 75 que salvo lo dispuesto en este artículo, en el trámite de acciones populares se observará el procedimiento señalado en el Decreto 2651 de 1991, el cual se adopta como norma legal permanente". El mismo estatuto, en el artículo 77, al regular el procedimiento de la acción de cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente, establece que tal cumplimiento podrá demandarse a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil.

La normatividad que se acaba de relacionar, no constitutiva por cierto del mejor ejemplo de técnica y coordinación legislativa, dispone que en el ejercicio de las acciones populares derivadas de los artículos 1005 y 2359 del Código Civil, se cumpla conforme al procedimiento abreviado establecido en el C. de P.C., por remisión que hace el Decreto 2651 de 1991, adoptado como norma legal permante por la Ley 99 de 1993. En cambio, en tratándose de la acción popular respecto de bienes y lugares agrarios, o rurales no agrarios, estima la Sala que deberá seguirse el procedimiento verbal consagrado en el numeral 2, del artículo 63 del Decreto 2303 de 1 989, estatuto este que por razón de su especialidad, conforme al artículo 5o. de la Ley 57 de 1887 debe preferirse, o, el verbal sumario del artículo 435, numerales 6 y 7 del C. de P.C., respectivamente.

Lo hasta aquí expuesto, conduce a la Sala a las siguientes conclusiones:

a. Que el demandante en el *sub-lite* no tiene derecho subjetivo alguno, de carácter individual y concreto por hacer valer; esto es, que no se encuentra legitimado para pretender la nulidad y restablecimiento de los derechos deprecados con la demanda;

b. Que el actor no es titular de la acción de nulidad y restablecimiento ejercitada contra el acto administrativo demandado que constituye una situación jurídica, individual y concreta en beneficio de la firma Los Topos Minería Ltda.

c.Que al haberse incoado equivocadamente la acción de nulidad con restablecimiento del derecho prevista en el art. 85 del C.C.A., cuando legalmente correspondía ejercer una acción colectiva en beneficio de determinado grupo o comunidad, se presenta el fenómeno procesal de inepta demanda por indebido escogencia y ejercicio de la acción, lo que impone al juzgador inhibirse para proferir decisión de mérito.

Por las razones expuestas, 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:

DECLARASE INHIBIDA para proferir decisión de mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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 MEDICO–Inexistencia/**FALLA DEL SERVICIO MEDICO**–Cesárea/**OBLIGACION DE MEDIO/CARGA DE LA PRUEBA/ PARTE ACTORA**

La responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos que excusan su conducta. El sentenciador no avala la tesis de quienes predican que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA, y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de "LEGE FERENDA" y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió al enfermo. Verdades con este temperamento obligan al fallador a apreciar la prueba a la luz de las reglas que informan la sana crítica, es decir, con un sentido lógico y un prudente arbitrio que torne armónico y creíble el plexo de los hechos.

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

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 7973. Actor: Gonzalo Antonio Acevedo Franco. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

– I –

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de APELACION interpuesto por el procurador judicial del centro de imputación jurídica demandado, contra la sentencia calendada el día diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que en su parte resolutiva DISPUSO:

> "1. Se declara administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales de Pereira, de la muerte de la criatura de la señora María Dancy Vélez de Acevedo, ocasionada en intervención quirúrgica (cesárea).
>
> "2. En consecuencia se condena en concreto al Instituto de Seguros Sociales de Pereira a pagar por concepto de perjuicios morales a María Dancy Vélez de Acevedo con cédula 42.070.097 y Gonzalo Antonio Acevedo Franco con cédula 4.510.596 el equivalente a mil (1.000) gramos de oro para cada uno.
>
> "El precio del oro, será el interno que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la sentencia, certificación que se allegará con la correspondiente cuenta de cobro, o se tendrá en cuenta el ordenar el pago de las sumas de dinero.
>
> "Las sumas así determinadas devengarán intereses comerciales durante seis meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia y de ahí en adelante intereses moratorios.
>
> "3. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 C.C.A. Para su efectividad se enviará copia al correspondiente agente del Ministerio Público (Art. 177 C.C.A.).
>
> "4. Si no fuera apelada esta sentencia por la parte demandada, una vez vencido el término de ejecutoria envíese en consulta al Honorable Consejo de Estado" (fls. 135-136 Cdno. No. 1).

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

> "1. Gonzalo Antonio Acevedo F. y María Dancy Vélez de A., en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron demanda contra el Instituto de Seguros Sociales con la pretensión de indemnización de perjuicios morales que dicen se

les causaron en atención de un parto. La entidad demandada llamó en garantía al Dr. Alberto Vega V. gerente de la seccional Pereira en la época de los hechos.

"2. El *petitum* lo integran las siguientes pretensiones:

"Que se declare al Instituto de Seguros Sociales administrativamente responsable de la muerte del hijo de los demandantes ocurrida durante la atención del parto correspondiente al 24 de octubre de 1988 en Pereira, y que en consecuencia se condene al Instituto a pagar a cada uno de los actores, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a mil gramos de oro.

"3. La demanda, en el capítulo de los hechos, enuncia las siguientes:

"María Dancy Vélez ingresó a la clínica de los Seguros Sociales, el 24 de octubre de 1989 a las 4 a.m. atención de parto. A las 12:30 p.m. se dictaminó un desprendimiento de placenta *(abruptio placentae)*. A la 1:10 p.m. el médico Dr. Iván Tabares M., conceptuó que la paciente era quirúrgica, procediéndose a la programación de la cesárea. La paciente fue trasladada al Hospital San Jorge pues el Instituto "carecía por efectos de la remodelación de sus instalaciones de una Sala de cirugía apropiada para el fin (hechos 1 a 4).

"A las 1:45 p.m. "se inicia la cirugía con una duración de 25 minutos aproximadamente", y la criatura "sólo alcanza a vivir dos (2) minutos". El diagnóstico post-operatorio confirmó el desprendimiento de placenta (hechos 5 y 6).

"Desde el dictamen de las 12:30 p.m. de desprendimiento de placenta la paciente era quirúrgica y "cualquier retardo incidía necesariamente en la vida de la madre y de la criatura, pues por lo menos elevaba el riesgo". La muerte de la criatura obedeció a falla en el servicio pues "por efectos de la remodelación de la Clinica Pío XII de los Seguros Sociales, este centro asistencial carecía de una unidad apropiada para atender este tipo de urgencias, debiendo ser trasladados los pacientes hasta el Hospital Universitario San Jorge. "... además, entre el diagnóstico de las 12:30 p.m. y la orden de cesárea impartida por el médico IVAN TABARES MARIN, transcurrieron 40 minutos; y, entre la 1:10 p.m. y el momento en que se inició la cirugía (1:45 p.m.), transcurrieron otros 35 minutos, tiempo que indiscutiblemente incidió en el empeoramiento de la madre y la criatura; es decir, que de haber existido los medios adecuados para atender la urgencia, probablemente otro hubiese sido el resultado" (hechos 7 y 8).

"El médico Dr. Iván Tabares M., escribió en el periódico La Tarde un artículo titulado "Los muertos de la remodelación" en el que sostuvo: "Si no hubiera sido por los trabajos de remodelación de la Clínica Pío XII el niño de María Dancy Vélez de Acevedo, con número de afiliación 030155863, no habría muerto. Si no

hubiera sido porque el ISS se maneja con criterio político y los directivos ignoraron las recomendaciones de algunos médicos para adecuar una sala de ciguría provisional donde realizarían aquellos procedimientos que no esperan, por lo menos las vidas de cuatro niños se habrían salvado..." (hecho 9).

"Los demandantes eran esposos y reclaman indemnización por perjuicios morales (hechos 10 y 11)".....

"CONSIDERACIONES:

"1. El asunto debatido es de competencia de este Tribunal en primera instancia, por la naturaleza de la causa *petendi* y de la entidad demandada; por el lugar donde ocurrió el hecho, y la cuantía determinada por el valor de mil gramos de oro a la fecha de la demanda, que según certificación (fl. 18) del Banco de la República era de $8.116.22. No se advierte causal que afecta la validez de lo actuado, o que impida proferir sentencia de mérito.

"2. En el proceso aparecen fehacientemente demostrados los hechos siguientes:

"2.1. Por la época de octubre 24 de 1989 la Clínica Pío XII del Instituto del Seguro Social en Pereira, era sometida a remodelación que incluía trabajos locativos de las salas de cirugía.

"2.2. La Gerencia regional del ISS celebró con el Hospital San Jorge un contrato para que este tuviera a disposición de aquél, una sala de cirugía durante las 24 horas de todos los días, para casos de urgencia, y otra sala para cirugías programadas durante ciertas horas diarias. Además celebró contrato de prestación de servicios de sala de cirugía con la sociedad propietaria de la Clínica Risaralda. Tales contratos estaban vigentes y se ejecutaban según lo convenido, en la fecha del 24 de octubre de 1989.

"2.3. Por razón del sentido de las vías, la Clínica Risaralda y el Hospital San Jorge se encuentran a 5 y 7 cuadras aproximadamente, de la Clínica Pío XII, siendo más congestionadas las vías hacia la Clínica Risaralda.

"2.4. Como esposa del afiliado Gonzalo Acevedo, la señora María Dancy Vélez fue atendida durante el embarazo y trabajo de parto, por el ISS en Pereira.

"2.5. El 24 de octubre de 1989 ingresó a la Clínica Pío XII a las 4 a.m. con un embarazo a término y trabajo de parto normal inicialmente.

"2.6. A las 12:30 p.m. la paciente fue examinada por el Dr. Francisco Hernández y se constató que la paciente sangraba abundantemente y se diagnosticó en forma presuntiva un desprendimiento de placenta.

"2.7. Al recibir el turno el médico Iván Tabares M. fue informado que la paciente en "los últimos minutos había presentado una súbita complicación durante su trabajo de parto, caracterizada por hemorragia vaginal, caída de la presión arterial, palidez y compromiso del estado del feto..." (fl. 88).

"2.8. Al recibir el turno el médico Dr. Iván Tabares M. conceptuó que la paciente era quirúrgica, y que se procediera a la intervención respectiva.

"2.9. A las 1:45 p.m. se inició el proceso de anestesia.

"2.10. A las 2 p.m. se inició el acto quirúrgico de la cesárea, a las 2:04 p.m. se extrajo la criatura ya muerta.

"2.11. El sangrado que la paciente presentaba a las 12:30 p.m. se acompañó de sufrimiento fetal a bradicardia constatado en el examen de la 1:10 p.m.

"2.12. El tiempo necesario para el traslado de la paciente de la Clínica Pío XII (calle 20 entre carreras 5 y 6) al hospital San Jorge (carrera 4 entre calles 24 a 26) era aproximadamente de cinco minutos.

"2.13. Lo indicado, y de universal aceptación médica, en caso de desprendimiento de placenta y sufrimiento fetal es la intervención quirúrgica inmediata.

"2.14. La historia clínica que poseía el ISS da cuenta de que embarazos de la paciente habían terminado anormalmente con aborto inducido, folio 28 cuaderno 2.

"3. La responsabilidad por falla en el servicio médico asistencial se sometió inicialmente por la doctrina nacional al régimen de la falla probada del servicio. Paulatinamente se ha llegado a consolidar la posición jurisprudencial de someter este tipo de responsabilidad al régimen de la falla presunta en daños ocasionados en el servicio médico oficial régimen que ostenta su especificidad frente a la también llamada noción de la falla presunta. Así el actor deberá demostrar el daño y el nexo causal con la prestación del servicio quedando liberado, en virtud de la calificación de presunta de la falla, de demostrar que la conducta de la administración fue omisiva o irregular. "En este sentido, probados los supuestos o antecedentes del hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demanda no logra demostrar que actuó con toda diligencia y cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente" (C.E. Sección 3, Sent. de 24.08.92, Exp. 6754. Actor Henry Enrique Saltarín vs. ISS).

"4. En el caso presente la atención médica que se prestó a la paciente no se ajusta a la exigencia doctrinal de ser la adecuada, por no ser la recomendada por la

ciencia médica consultando la realidad del país, y concretamente las de Pereira. Por el contrario se infiere de las pruebas que hubo negligencia, consistente en injustificada demora en practicar la cesárea, que se sabía era indispensable, en procura de obtener una criatura viva. Como adelante se verá la falla en el servicio se dio exclusivamente en el aspecto médico o científico, ya que disponiéndose de los recursos tanto tecnológicos como humanos la intervención quirúrgica fue tardía. Una paciente en trabajo de parto, con antecedentes de embarazos que no llegaron normalmente a su final, y que presentaba un cuadro clínico que revelaba sufrimiento y sangrado de la paciente, debió ser objeto de la decisión de intervención quirúrgica antes de lo que en este caso ocurrió, y entre tal decisión y el acto quirúrgico no debió haber un lapso de casi cincuenta minutos. El hecho de que en el proceso no se haya precisado en qué funcionarios del área médica radicó la culpa, por negligencia, no excluye la falla en el servicio que bien puede tener origen en una culpa anónima del servicio, que se configura cuando este funciona mal sin que se logre identificar a persona determinada como el autor, por acción u omisión. Esa culpa anónima puede generarse en el aparato burocrático. El hecho real es que el servico médico funcionó deficientemente, por lo tardío, así el acto quirúrgico fuera, en sí mismo e independientemente de cualquier otra circunstancia, técnicamente inobjetable. La muerte del feto era un riesgo previsible y a pesar de ello no se cumplió con la celeridad requerida y posible (según los elementos y personal disponibles) la medida aconsejable y adecuada para cubrir ese riesgo obstétrico. De lo anotado se deduce la responsabilidad.

"5. La muerte de un feto en el trabajo de parto, al término normal del embarazo, puede ser asimilada para efectos de perjuicios morales, a la muerte de un hijo que haya nacido vivo y muerto instantes u horas después. Por ello se tendrá, desde el punto de vista probatorio, a los actores que son los padres de la criatura como amparados bajo la presunción, de origen jurisprudencial de que han padecido con tal muerte perjuicios morales que deben ser resarcidos. La indemnización se tasará, según pautas jurisprudenciales generalmente aceptadas, en el equivalente a un mil gramos de oro.

"6. El Instituto de Seguros Sociales, entidad demandada, llamó en garantía al Dr. Alberto Vega Vega quien se desempeñaba como Gerente de la Regional de Pereira. Del contexto de dicho llamamiento se tiene que se considera que la alegada responsabilidad del Gerente derivaría de su intervención en la toma de la decisión de remodelar la Clínica Pío XII del ISS, incluyendo las salas de cirugía. Se adoptó así por la demandada una de las tesis expuestas en la demanda de que tal remodelación implicó que la paciente María Dancy Vélez no fue sometida a cirugía oportunamente por la carencia de las salas para ello en la Clínica Pío XII.

"Aun en la hipótesis de aceptar que fue el Dr. Vega Vega quien tomara la decisión de remodelar las salas de cirugía, lo que no está comprobado pues bien

pudo ser mero ejecutor de decisión tomada en otro nivel de la administración, se tiene que para la época de los hechos origen de la demanda estaban vigentes medidas tomadas para suplir en forma eficiente y satisfactoria las salas que por remodelación estaban fuera de servicio. En efecto, había contrato en ejecución para la disponibilidad de manera PERMANENTE, durante las 24 horas del día, de una sala de cirugía en el hospital San Jorge para atención inmediata de urgencias, como la presentada con la paciente Dancy Vélez. Además se tenía acceso, en virtud del mismo contrato y de otro diferente la posibilidad de uso de otras salas en el mismo hospital San Jorge y en la Clínica Risaralda. El lapso de unos cinco minutos necesarios para transportar un paciente de la Clínica Pío XII a la sala de cirugía del hospital San Jorge. No era un factor que implicase dilación, en el procedimiento de la magnitud de la que se dio en el caso *sub-júdice*. Como atrás se anotó, la falla en el servicio se dio en el área médica o científica.

"De otro lado, no aparece prueba alguna, así fuese meramente indiciaria que permitiese calificar la conducta de decidir la remodelación de las salas como dolosa o culposa. De suerte que esa conducta no originaría responsabilidad alguna para quien la tomó, autor de la que no es conocida en el proceso. Respecto del Dr. Vega V., llamado en garantía, la situación es en síntesis la siguiente:

"A). La decisión de remodelar las salas de cirugía de la Clínica Pío XII, adoptando medidas suficientes para disponer en forma eficiente y oportuna de otras salas, no sólo no puede calificarse de dolosa o gravemente culposa, sino que por el contrario fue una conducta prudente y eficaz.

"B) La remodelación de las salas de cirugía de la Clínica Pío XII no tiene ninguna relación de causalidad, ni siquiera concausa, en la producción del daño porque debe responder el ISS.

"C) No hay prueba de que el llamado en garantía fuese el autor de la decisión de realizar las obras de remodelación.

"Carece pues de todo fundamento el llamamiento en garantía que la entidad demandada hizo al Dr. Vega V." (fls. 120-135, Cdno. No. 1).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 137 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en que el apoderado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"Sobradamente saben los Honorables Consejeros que son los HECHOS PROBADOS o las presunciones legales no desvirtuadas, las que condicionan el sentido de las sentencias.

"Partiendo de verdad tan elemental, me propongo comprobar cómo dentro de los "hechos" que el Tribunal llama "FEHACIENTEMENTE DEMOSTRADO", los enunciados bajo la numeración 2.13, 2.14, 3 y 4 (folios 11 y 12 de la Providencia impugnada), y que constituyen la espina dorsal del fallo condenatorio, no son hechos sino apenas apreciaciones y conclusiones, cuyo respaldo probatorio se reserva, *in mente,* el *a-quo.* Veámoslo:

"2.13. "Lo indicado, y de universal aceptación médica, en caso de desprendimiento de placenta y sufrimiento fetal es la intervención quirúrgica inmediata".

"En principio, es una apreciación correcta; PERO ocurre que en el caso de autos, la premencionada anomalía no fue, a las 12:30 p.m. que se presentaron los síntomas, diagnosticada con certeza, ya que, como lo señalaron varios especialistas interrogados en el proceso (declaraciones que sí constituyen prueba y obran en el segundo cuaderno esperando su condigna evaluación), las causas del sangrado durante el trabajo de parto pueden ser muchas y no siempre la cesárea está indicada. Según la Historia Clínica, a las 12:30 p.m. no estaba indicada la cesárea pues los signos vitales de la paciente eran normales y la fetocardia no señalaba sufrimiento fetal.

"Esta no es una apreciación del suscrito abogado, profano en ciencia médica, sino una afirmación de los declarantes médicos con vista en la Historia Clínica que obra en autos. Declarantes que también dan fe de que el manejo médico dado a la paciente a las 12:30 p.m. por el doctor FRANCISCO HERNANDEZ, es el recomendado científicamente para prevenir una complicación o preparar la paciente para una eventual cirugía: aplicación de líquidos endovenosos, oxígeno, etc.

"Sobre el particular el especialista Dr. JAIME LOPEZ MARIN, fue interrogado así: "PREGUNTADO: Un declarante médico dice que en el manejo médico dado a la paciente desde las 12:30 a las 2 p.m., no era del caso aplicarle oxígeno húmedo y hartman, pues eso no ofrecía ninguna solución ya que ninguna de esas drogas va a mejorar el sufrimiento fetal. La pregunta se formula al declarante con la aclaración por el Magistrado sustanciador de que el otro médico declarante no expresó "no era del caso aplicarle", sino que expresó: "Aquí consta que le aplicaron oxígeno húmedo y hartman (suero), pero esa no era la solución, la solución era la cirugía...". CONTESTO: Considero que en ningún momento el administrarle soluciones hidratantes a una paciente y oxigenarla sea un tratamiento definitivo, sino que se trata de mejorar las condiciones metabólicas tanto maternas como fetales, en una situación de alarma como la que aparece descrita

en la historia clínica. Tampoco se debe presumir llevar una paciente a cirugía, sin antes mejorar sus condiciones. porque (sic) de lo contrario el acto quirúrgico (sic) podría llegar a constituir factor de mortalidad tanto para la madre como para el feto. Esa no era la solución, pero no era contraindicado, antes al contrario se debe hacer en todo paciente que se vaya a intervenir" (folio 62, cuaderno No. 2).

"Esta aseveración aprobatoria del adecuado manejo médico que recibió la paciente a partir de las 12:30 p.m. es compartida por los demás declarantes médicos, a saber: JOSE HEBERT ARISTIZABAL BUSTAMANTE (folios 51 y ss. cuaderno No. 2); HERNANDO GARCIA (folios 70 y ss. cuaderno No. 2); ISABEL CRISTINA SALAZAR (folio 82 y ss. cuaderno No. 2); e IVAN TABARES MARIN (fls. 87 y ss. cuaderno No. 2).

"El hecho de que el médico haya acertado en su presunción diagnóstica de desprendimiento prematuro de placenta, no autoriza, en sana lógica, a hacer las consideraciones que hace el *a-quo* como si el diagnóstico hubiera sido seguro antes de que la propia cesárea lo confirmara. Y así lo hubiese sido, habría tenido que recibir igual tratamiento pre-operatorio. La cirugía no podía ser, entonces, inmediata. Entre otras cosas, porque había que contar que con la disponibilidad de la cirujana de turno, que, según el Dr. IVAN TABARES, en esos momentos y en el tiempo ulterior, regresaba del Hospital San Jorge de realizar una cirugía allí, a las instalaciones del I.S.S.

"De todos modos, dicha cirujana consideró que el lapso transcurrido entre el diagnóstico interrogado, su semiconfiguración, y su confirmación en la cirugía, estaba dentro del rango cronológico normal. Evaluación que comparten los demás médicos declarantes, salvo los Drs. CARLOS AUGUSTO DURANGO y EFRAIN ALBERTO BRITO, como lo consigné en el alegato de conclusión, especulan genérica y académicamente sobre la entidad "desprendimiento de placenta", pero no se detienen, como sí lo hacen los otros médicos declarantes en la evaluación concreta y pormenorizada de la Historia Clínica que interesa a este proceso. Tal circunstancia impide que a dichas atestaciones se les otorgue valor ilustrativo sobre este caso concreto.

"2.14. "La historia clínica que poseía el I.S.S. da cuenta de que embarazos de la paciente habían terminado anormalmente con aborto inducido" (folio 28, cuaderno No. 2).

"Nada tiene que ver este antecedente con lo sucedido el día de autos, y no obligaba a adoptar medidas diferentes a las adoptadas. Habría sido importante que el *a-quo* nos revelara la incidencia de ese antecedente en la valoración de la conducta médica enjuiciada. Desde aquí se anuncia la necesidad del experticio médico que pidió el actor y también la demandada.

"3. Consigna el *a-quo* en este numeral una breve reseña sobre la evolución doctrinaria en torno a la falla presunta, que revela buena información del *a-quo* sobre tan importante tema, pero a la que no le encontramos carácter alguno de "hecho fehacientemente comprobado", y, como doctrina aplicable al *sub-lite,* encontramos que la prueba obrante en estos autos "demuestra que se actuó con la diligencia y cuidado que la ciencia médica recomienda para el caso, DENTRO DE LAS MEJORES CONDICIONES POSIBLES QUE EL SERVICIO PERMITIO RAZONABLEMENTE".

"En contrario, no existen sino conjeturas, mixtificaciones del término "inmediatamente" y, definitivamente, imponiéndole obligación de resultado y no de medios a la actividad médica, lo que se traduciría, ILOGICA E INCONSTITUCIONALMENTE, en esta peligrosa presunción: "si se sale muerto de un tratamiento médico, se presume que el responsable de la muerte es el médico".

"4. "En el caso presente la atención médica que se presentó a la paciente no se ajusta a la existencia doctrinal de ser la adecuada, por no ser la recomendada por la ciencia médica consultando la realidad del país, y concretamente las de Pereira. Por el contrario se infiere de las pruebas que hubo negligencia, consistente en injustificada demora en practicar la cesárea, que se sabía era indispensable, en procura de obtener una criatura viva. Como adelante se verá la falla en el servicio se dio (sic) exclusivamente en el aspecto médico o científico, ya que disponiéndose de los recursos tanto tecnológicos como humanos la intervención quirúrgica fue tardía. Una paciente en trabajo de parto, con antecedentes de embarazos que no llegaron normalmente a su final, y que presentaba un cuadro clínico que revelaba sufrimiento fetal y sangrado de la paciente, debió ser objeto de la decisión de intervención quirúrgica antes de lo que en este caso ocurrió, y entre tal decisión y el acto quirúrgico no debió haber un lapso de casi cincuenta minutos. El hecho de que en el proceso no se haya precisado en qué funcionaros del área médica radicó la culpa, por negligencia, no excluye la falta en el servicio que bien puede tener origen en una culpa anónima del servicio, que se configura cuando este funciona mal sin que se logre identificar a persona determinada como el autor, por acción u omisión. Esa culpa anónima puede generarse en el aparato burocrático. El hecho real es que el servicio médico funcionó deficientemente, por lo tardío, así el acto quirúrgico fuera, en sí mismo e independientemente de cualquier otra circunstancia, técnicamente inobjetable. La muerte del feto era un riesgo previsible y a pesar de ello no se cumplió con la celeridad requerida y posible (según los elementos y personal disponibles) la medida aconsejable y adecuada para cubrir ese riesgo obstétrico.

"De lo anotado se deduce la responsabilidad" (folios 12 y 13, Sentencia).

"Aquí sí que el Honorable Tribunal se reserva, invocando el principio de la culpa anónima, el señalamiento del respaldo probatorio concreto con base en el cual le aplica dicha doctrina al caso de autos: pues aunque, comprobada la falla del servicio, PERO NO APENAS POR EL RESULTADO FATAL, no es indispensable, a la luz de la doctrina en comento, individualizar al agente o agentes que comprometieron la responsabilidad del Estado, ello no excusa el señalarlo concretamente si ese agente culpable se encuentra al alcance de la mano, como lo sugiere el *a-quo* al insinuar que la falla del servicio se dio a las 12:30 p.m., al no someter INMEDIATAMENTE a la paciente al acto quirúrgico. Y es que aquí, a las 12:30 p.m., lo grita la historia clínica, hubo un médico, el Dr. FRANCISCO HERNANDEZ, que hizo el diagnóstico presuntivo y adoptó las medidas correspondientes. ¿Fueron las adecuadas? Los médicos especialistas, cuyas declaraciones no han sido sometidas por e Juzgador, a su racional y legal evaluación, pero están allí, expresas, claras, responsivas y sometidas a la más severa contradicción por la parte actora, dicen que sí, que fueron adecuadas y oportunas. ¿Pero qué dice el médico sutilmente incriminado? No milita en el plenario su declaración, pero nunca como en este caso se justifica recepcionarla, si es que de verdad se busca la verdad real de lo ocurrido, tutelándolo así con la presunción CONSTITUCIONAL de inocencia, haciendo uso el *ad-quem,* ya que el *a-quo* no lo hizo, de su facultad para decretar pruebas, rogada en este caso, así literalmente no se den las causales del artículo 214 del C.C.A., pero en homenaje y acatamiento a los principios que informan la cabal interpretación de los procedimientos consagrados en los artículos 228 de la Constitución Nacional y 4o. del Código de Procedimiento Civil. ¿Qué "fue tardío el acto médico"? NO: **lo proclama así la prueba recaudada,** coincidente en la conclusión de que, independientemente de la causa que produzca el sangrado, la cesárea está indicada cuando la hemorragia lleva al sufrimiento fetal expresado en la broquicardia. En este caso, como fue afirmado por los especialistas, el diagnóstico es clínico y cualquier intento por realizar nuevos exámenes (monitorio fetal, ecografía, etc.) no sólo es innecesario sino hasta riesgoso por la demora que ellos conllevan. Queda así replicada la preocupación de la demandante y del *a-quo* por la no utilización de elementos técnicos, para el caso, innecesarios.

"Por supuesto que todas las precisiones de índole médica sobre el caso ocurrente correspondía darlas a los expertos en dicha ciencia, y, por ello, para obtener un dictamen muy calificado, las partes actora y demandada, coinciden en invocar la autoridad de la FEDERACION MEDICA COLOMBIANA, cuyo experticio, en efecto, fue decretado como prueba en auto visible a folio 84, cuaderno No. 1, numeral 4o. No alcanzó este experticio a ilustrar el *a-quo*, pero aspiramos a que, dada su singular importancia, a términos del numeral 1o. del art. 214 del C.C.A., el *ad-quem* se digne insistir con los apremios legales de rigor, en la obtención de tan importante probanza.

"Como quiera que el Honorable Tribunal y el señor apoderado de la parte actora, se refieren al llamamiento en garantía al Dr. ALBERTO VEGA, el primero llamándolo "infundado, y, el segundo, "injusto", en guarda de mi responsabilidad profesional proclamo que no fui yo, ni mi mandante, sino la propia actora la que hizo obligatorio ese llamamiento: pues la demanda se inspiró en un escrito titulado "LOS MUERTOS DE LA REMODELACION" y es así como en el hecho No. 8 del libelo de demanda, se dice: "La muerte del hijo de MARIA DANCY VELEZ y GONZALO ANTONIO ACEVEDO, obedeció a una falta del servicio o de la administración, pues como ya se dijo inicialmente por efectos de la remodelación de la Clínica "PIO XII" de los Seguros Sociales, este centro asistencial carecía de una unidad apropiada para atender este tipo de urgencias, debiendo ser trasladados los pacientes hasta el Hospital Universitario San Jorge; además, entre el diagnóstico de las 12:30 p.m. y la orden de cesárea impartida por el médico IVAN TABARES MARIN, transcurrieron 40 minutos; y, entre la 1:10 p.m. y el momento en que se inició la cirugía (1:45 p.m.), transcurrieron otros 35 minutos, tiempo que indiscutiblemente incidió en el empeoramiento de la madre y la criatura: es decir, que de haber existido medios adecuados para atender la urgencia, probablemente otro hubiese sido el resultado".

"Y documenta el hecho con la denuncia pública salida en el periódico LA TARDE bajo el ya citado rubro de "LOS MUERTOS DE LA REMODELACION".

"No se necesitaba mucha perspicacia para entender, y muchos menos dejarse llevar por ligereza conceptual o sentido atrofiado de la justicia que la causa prima eficiente del resultado fatal, la ubicaba el demandante en los trabajos de remodelación. Por ello, me lancé a defenderlos y se llamó a quien, como administrador de los mismos, tenía mejores y mayores elementos de juicio para justificarlos. Protegía así, lógica y correctamente, los intereses cuya defensa me fue confiada y, de contera, daba preciosa oportunidad al Gerente de la época, para que defendiera los suyos. Y este cometido se cumplió: porque el *a-quo,* muy sabiamente y lealmente ceñido, aquí sí, a la evidencia procesal, en la sentencia reiteradamente declara a aquellos trabajos libres de todo nexo causal con el resultado que lamentamos: me sumo a las felicitaciones al Dr. ALBERTO VEGA pero, con la inmodestia del caso, me declaro coautor del buen suceso. Solo que, luego, aquí, con muy cuestionable "respaldo" probatorio, se concluye en la sentencia que hubo falla médica, pero sin que para llegar a tal conclusión, se diga por qué, en qué momento, y en la intervención de cuál médico. Y no se diga, mixtificando el principio doctrinario de la culpa anónima, que lo importante es establecer que hubo muerto, y, lo demás, lo demás corre por cuenta de la INCONSTITUCIONAL PRESUNCION DE CULPABILIDAD".

– III –

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El sentenciador de instancia llegó a la conclusión de que en el caso *sub-exámine* se dio la falla del servicio porque "... Hubo negligencia, consistente en injustificada demora en practicar la cesárea, que se sabía era indispensable, en procura de obtener una criatura...". Ocurre, sin embargo, que para el *ad-quem* esta conclusión no tiene respaldo probatorio alguno, como pasa a demostrarse.

A lo largo del proceso declararon los profesionales de la medicina, Dres. CARLOS AUGUSTO DURANGO MEDINA, EFRAIN RODRIGO BRITO ROBLES, JOSE HEBERT ARISTIZABAL BUSTAMANTE, JAIME LOPEZ MARIN, HERNANDO GARCIA JARAMILLO, ISABEL CRISTINA SALAZAR MUÑOZ e IVAN TABARES MARIN, quienes al deponer sobre la circunstancia que llevó al Tribunal a proferir sentencia de condena, ilustran al fallador dentro del siguiente marco:

CARLOS AUGUSTO DURANGO MEDINA

Médico Gineco-obstetra, de 44 años, Profesor en la Universidad Tecnológica de Pereira, sin parentesco ni dependencia con las partes, con apoyo en la historia clínica, dijo:

> "El desprendimiento prematuro de placenta es una entidad grave que implica intervención médica o quirúrgica**en un plazo, lo que ocurra entre ya y cuatro o seis horas siguientes para evitar muerte fetal o materna o complicaciones fetales o maternas...** PREGUNTADO: Cuál es el criterio científico que permite sustentar lo que Ud. nos ha informado en el sentido de que la intervención médica o quirúrgica debe hacerse en un plazo de cuatro a seis horas. CONTESTO: En la medida en que pasa el tiempo se forma un hematoma retroplacentario que es progresivamente más grande, que va a llevar a que no pase sangre de la madre al feto, hasta llevarlo a la muerte si no se corta ese proceso de desprendimiento, sacando el feto..." (Subrayas de la Sala)

EFRAIN RODRIGO BRITO ROBLES

Médico Gineco-obstetra, de 55 años de edad, egresado de la Universidad del Valle, Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad Tecnológica de Pereira, quien labora en el Hospital San Jorge, con apoyo en la historia clínica, expuso:

> "PREGUNTADO: Dentro de qué término debe proceder el Gineco-obstetra cuando hay un desprendimiento de placenta. CONTESTO: Eso es relativo,

cuando ya hay sufrimiento fetal la intervención debe ser inmediata, y cuando todavía no hay hipoxia del feto se puede esperar dos, cuatro horas hasta que el parto se produzca, pero cuando ya hay sufrimiento fetal la intervención es inmediata. PREGUNTADO: Indique si cuando se diagnostica el desprendimiento de placenta, se concluye también el sufrimiento fetal. CONTESTO: Cuando hay desprendimiento de placenta el tiempo es relativo, **mientras no haya hipoxia fetal el tiempo es relativo, uno puede esperar de dos a cuatro horas y cuando se diagnostica una hipoxia o un sufrimiento fetal, la intervención tiene que ser inmediata...** PREGUNTADO: Existiendo el desprendimiento de placenta, diagnosticado el acto quirúrgico, celebrado éste y sobreviviendo la criatura apenas dos minutos, qué le indica a Ud. esta secuencia. CONTESTO: Que hubo un sufrimiento fetal por una hipoxia, de pronto se demoraron en el tiempo de llevarla más rápido a cirugía... Yo hablaba de unos grados de placenta, por ejemplo, el grado 0 es una abruptio de placenta que no se diagnostica, que es un hallazgo eventual; el grado uno es una placenta que tiene los síntomas y signos de abruptio pero que no hay sufrimiento ni del feto ni de la madre; el grado 2 ya hay signos y síntomas de sufrimiento fetal pero la madre no está comprometida; el grado 3 donde el feto ya ha muerto y la madre ya está comprometida y el grado 4 donde además de estar el feto muerto, la madre ya presenta graves complicaciones... PREGUNTADO: Atendiendo la historia clínica que se le pone de presente y que obra en este proceso, indíquenos cuál fue la clase de abruptio y qué conducta debía seguirse, con qué urgencia. CONTESTO: Revisando la historia **es un abruptio 2, o sea sufrimiento fetal. La conducta a seguir era quirúrgica, RELATIVAMENTE URGENTE,** de acuerdo al tiempo que se observa en la historia clínica el acto quirúrgico debía de haber sido más rápido, porque entre más tiempo haya hipoxia, mayor es el chance de que el feto muera... PREGUNTADO: Atendida la historia clínica, se observa que desde las 12:30 p.m., que evaluara el médico general hasta las 2 p.m., que se procediera al acto quirúrgico, no se adelantó ningún procedimiento, ni se le suministró droga al paciente. Atendido el documento en mención indíquenos si ello es cierto o no. CONTESTO: Aquí consta que le aplicaron oxígeno húmedo y hartman (suero), pero esa no era la solución, la solución era la cirugía, ninguna de esas drogas va a mejorar el sufrimiento fetal... PREGUNTADO: Como especialista que es Ud. y atendiendo la historia clínica que ya revisó cómo hubiera procedido. CONTESTO: Hubiera procedido de inmediato porque había sufrimiento fetal..." (Subrayas de la Sala).

JOSE HEBERT ARISTIZABAL BUSTAMANTE

Médico Gineco-obstetra de 55 años, egresado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista de la Universidad de Antioquia, quien labora con el Instituto de Seguros Sociales como Coordinador del Servicio de Gineco-obstetricia de la Clínica Pío XII, con apoyo en la historia clínica, ilustra al fallador dentro del siguiente marco:

"Yo había pasado un informe sobre la evaluación de la historia clínica en el cual analizado el caso desde el punto de vista gineco-obstétrico se encontró que la paciente fue admitida en el servicio de la Clínica Pío XII consultando por expulsión del tapón mucoso. La paciente fue ingresada con signos vitales de 120 x 80 altura uterina de 31 centímetros, situación longitudinal, dorso derecho, con frecuencia cardíaca fetal de 144 por minuto y al tacto vaginal cuello de multípara borrado 40% dilatada 4 centímetros encefálica, flotante y membranas íntegras. Diagnóstico embarazo de término, trabajo de parto, esto fue a las 4:50 a.m., del día 24. A las 7:30 a.m. del mismo día la paciente continúa con iguales condiciones y le colocan goteo de oxitoxina para acelerar el parto, el goteo se retira porque la paciente ha desencadenado trabajo de parto y se decide dejar evolucionar sola. A las 12:30 del mismo día la paciente sangra abundantemente por lo cual se practica tacto vaginal descartándose placenta prèvia y se rompen las membranas saliendo abundante líquido hemorrágico, **hasta ese momento los signos vitales fetales y maternos estaban conservados y se sospecha abruptio de la placenta porque los signos fetales empiezan a descender, con la impresión diagnóstica de abruptio de placenta porque los signos fetales empiezan a descender, con la impresión diagnóstica de abruptio de placenta y sufrimiento fetal agudo, se programa para cesárea a la 1:10 p.m. siendo realizada a la 1:45 en el Hospital San Jorge, obteniéndose un recién nacido varón, en malas condiciones que fallece a las 2:06...** PREGUNTADO: Puede considerarse que fue mucho el tiempo transcurrido entre el momento en que se estableció o diagnosticó el abruptio placenta y la intervención quirúrgica correspondiente. CONTESTO: Por la experiencia en nuestro medio, cuando se decide una intervención cesárea **se siguen unos pasos que incluyen preparación de la paciente, cateterismo vesical, rasurar pubis, avisar a cirugía para que preparen la Sala y el equipo quirúrgico, la instauración de la anestesia y el lavado de los cirujanos, siendo acuciosos, este procedimiento se logra entre 30 y 40 minutos. En este caso está reportado en la historia que a las 12:10 se hizo el diagnóstico y se corrige, a la 1:10 se solicitó la cesárea y que a la 1:45 empezó la cirugía, y a las 2:04 nace el bebé, LUEGO ESTA DENTRO DEL PARAMETRO QUE HABIA ANOTADO ANTERIORMENTE...** PREGUNTADO: Ese sufrimiento fetal fue diagnosticado a qué hora. CONTESTO: Según consta en la historia **a la 1:10 p.m. de ese día...** Efectivamente soy referente a lo que consta en la historia textualmente que dice: a la 1:10 p.m. al presentar el feto bradicardia de 80 x minutos se programa para cesárea. PREGUNTADO: Se ordenó la cirugía a las 12:30 o a la 1:10. CONTESTO: A la 1:10. PREGUNTADO: Según la historia clínica a qué horas fue valorada la paciente por el gineco-obstetra. CONTESTO: Según la historia clínica a las 12:30 la paciente fue valorada por presentar hemorragia, no sé a quien corresponde la firma de la valoración de las 12:30. PREGUNTADO: Quién la valoró a la 1:10 y quién adelantó el acto quirúrgico. CONTESTO: A la

1:10 fue valorada por un médico que no le puedo informar, porque no sé la firma a quien corresponde y el acto quirúrgico fue realizado por el Gineco-obstetra de turno, Dra. Isabel Cristina Salazar como consta en la descripción quirúrgica de la historia. PREGUNTADO: Si a un desprendimiento de placenta, lo que se sigue es necesariamente la cesárea, a qué se debe el lapso entre las 12:30 y 1:10, sin proceder al acto quirúrgico. CONTESTO: Se debe sencillamente a la razón de que **a las 12:30 p.m., solo se hizo diagnóstico presuntivo como consta interrogado en la historia de abruptio placenta, y al hecho de que la frecuencia cardíaca fetal se hablaba DENTRO DE LOS LIMITES NORMALES DE 136 por minuto...** PREGUNTADO: Diga si en casos como el propuesto el transcurso del tiempo, sin el acto quirúrgico es enemigo fundamental de la salud de la criatura y de la madre. CONTESTO: **No necesariamente en todos los casos, puesto que muchas pacientes con cuadro de abruptio pero con dilatación cervical favorable para el parto vaginal se dejan evolucionar por vía vaginal. En este caso se presentaba siete centímetros de dilatación como consta en la historia...** Ateniéndome a la historia clínica puedo decir que el feto se hallaba en malas condiciones cuando fue detectada la bradicardia fetal de 80 x minuto a la 1:10 p.m., porque **ANTES A LAS 12:30 PRESENTABA FRECUENCIA FETAL DE 136 POR MINUTO QUE SE CONSIDERA DENTRO DE LOS LIMITES NORMALES...** PREGUNTADO: Según la historia clínica a qué horas fue iniciado el acto quirúrgico. CONTESTO: Según consta en la hoja de anestesia que se lleva en cirugía, fue a la 1:45, indicándose que acto quirúrgico se refiere: a) a instaurar la anestesia a la paciente y la cirugía propiamente dicha, entonces según figura en la hoja de anestesia, la anestesia se inició a la 1:45 y el acto quirúrgico se inició a las 2 p.m. extrayéndose el feto a las 2:04, eso consta en la historia..." (Subrayas de la Sala).

JAIME LOPEZ MARIN

Médico ginecólogo, de 43 años, egresado de la Universidad de Caldas, labora en el Seguro Social, en el Departamento de Gineco-obstetricia, en vista de la historia clínica, precisó:

"PREGUNTADO: Normalmente, en la mayoría de los casos, qué actividades se cumplen entre el momento de la decisión de intervenir quirúrgicamente un paciente y el momento en que se inicie dicha intervención. Qué tiempo se necesita normalmente para tales actividades. CONTESTO: En condiciones normales la paciente una vez hecho el diagnñóstico, se debe iniciar **el manejo médico, es decir, compensarla, estabilizar sus signos vitales y mejorar sus condiciones generales para ser llevada al quirófano, se debe iniciar la preparación que consiste en el rasurado de las zonas genitales y abdominales, paso de la sonda vesical para monitorizar su estado renal. Estas actividades no podríamos cuantificarlas en tiempo exacto pues**

todo depende del estado de la paciente, disponibilidad de personal. PODRIAMOS CALCULARLE DE TREINTA (30) MINUTOS A UNA (1) HORA tratándose de un caso obstétrico... CONSIDERO DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO QUE LA CONDUCCION DEL TRABAJO DE PARTO Y DECISION FINAL, FUE ADECUADA Y OPORTUNAMENTE TOMADA... Considero que en ningún momento al administrarle soluciones hidratantes a una paciente y oxigenarla sea un tratamiento definitivo, sino que se trata de mejorar las condiciones metabólicas tanto maternas como fetales, en una situación de alarma como la que aparece descrita en la historia clínica. **TAMPOCO SE DEBE PRESUMIR LLEVAR UNA PACIENTE A CIRUGIA, SIN ANTES MEJORAR SUS CONDICIONES,** porque de lo contrario el acto quirúrgico podría llegar a constituir factor de mortalidad tanto para la madre como para el feto. **ESA NO ERA LA SOLUCION, PERO NO ERA CONTRAINDICADO,** antes al contrario se debe hacer en todo paciente que se vaya a intervenir..." (Subrayas de la Sala)

HERNANDO GARCIA JARAMILLO

Médico cirujano, de 56 años de edad, egresado de la Universidad de Caldas, al evaluar la historia clínica discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento:

"PREGUNTADO: Con vista en la historia clínica que obra en autos sírvase hacer una pormenorizada evaluación de la misma, manifestando si en cada una de sus secuencias se le dio o no a la paciente el manejo médico adecuado y oportuno... CONTESTO: Considero que **SI SE LE DIO EL MANEJO MEDICO ADECUADO...** Referente a la historia en particular observo que el posible diagnóstico de posible desprendimiento de placenta se hizo a la 1:10 p.m. y observo que a la 1:45 de acuerdo al récord de anestesia fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Universitario San Jorge, obteniéndose un feto muerto y según dice el cirujano encontró una placenta con abruptio total... PREGUNTADO: Indique si en el Seguro Social para la fecha que se le pregunta debía existir un gineco-obstetra de planta en turno. CONTESTO: Sí, claro que lo había y en la historia clínica consta que la Dra. Isabel Cristina Salazar fue la gineco-obstetra de la paciente. PREGUNTADO: Sírvase indicar si la preparación del paciente, según la historia clínica se inició a la 1:45 y a qué hora se hizo o realizó la cirugía. CONTESTO: Obviamente cuando se indica una intervención quirúrgica por urgente que esta sea hay una preparación mínima como es solicitar el quirófano, llamar anestesiólogo, premedicar el paciente, etc., el tiempo que transcurra entre la solicitud y la intervención depende de diferentes factores, como son: que en ese momento el quirófano esté libre (que no se esté atendiendo otra urgencia) que el anestesiólogo esté presente o tenga que desplazarse, en otras palabras: que aunque uno quiera solucionar lo más pronto un problema tienen que transcurrir necesariamente, de quince a treinta minutos, sin que esto sea dogma. A la 1:45 se inició la aplicación de la anestesia, y la incisión a las 2

en punto, porque obviamente la anestesia se demora para obrar. De acuerdo a las notas de enfermería a la 1:10 el Dr. ordena preparar para cesárea urgente y se debió empezar el trámite administrativo y preparar a la paciente... PREGUNTADO: Dicte por favor consultando la H.C. y dictando textualmente las notas que indiquen mejoría o deterioro de la paciente desde las 12:30, hasta la 1:10. CONTESTO: Leyendo la nota de enfermería dice que la paciente sangró a las doce y media y se ordenó el manejo médico pertinente, a la 1:10 se hizo el diagnóstico de desprendimiento de placenta y se ordenó el tratamiento quirúrgico. PREGUNTADO: Si esta era una urgencia, si el médico general desde las doce y treinta determinó un desprendimiento de placenta o por lo menos lo sospechó, por qué no aparece el registro de pulso y la presión arterial cada quince minutos, como lo exponen los tratadistas en obstetricia. CONTESTO: Las cosas teóricas son muy bonitas y los libros ni gritan ni sangran, otra cosa humana es estar en un servicio donde hay diez quince pacientes hospitalizadas, donde hay diez quince pacientes esperando consulta "urgencia" y sólo dos médicos atendiendo... PREGUNTADO: Se dice en la obra citada por Ud., escrita por científicos colombianos, que el feto vivo con sufrimiento fetal, "debe extraerse del vientre materno, lo más rápido posible", luego si en este caso según los expertos había sufrimiento fetal porqué no se procedió con más rapidez. CONTESTO: No sé qué capítulo haya leído el Dr. y aunque el enunciamiento es cierto, si Ud. lee con más detenimiento el libro en el capítulo sobre sufrimiento fetal, verá que dice que primero se pondrá a la madre en condiciones quirúrgicas, que es lo que se hizo en el presente caso mientras que se hidrataba y se daba el turno en el quirófano...".

ISABEL CRISTINA SALAZAR MUÑOZ

Médica Gineco-obstetra, de 39 años de edad, egresada de la Universidad de Antioquia, vinculada al Seguro Social en la Sección de Gineco-obstetricia, quien atendió en el parto a la señora María Dancy Vélez, ilustra al fallador dentro de la siguiente óptica:

"PREGUNTADA: Atendiendo la historia clínica, diga a qué hora tuvo Ud. contacto con la paciente. CONTESTO: Debe haber sido a la 1:45 cuando la paciente ingresó al quirófano. PREGUNTADA: Indique si existe o no en esa historia evaluación prequirúrgica y la hizo el Dr. Iván Tabares. PREGUNTADO: Indique si el Dr. Iván Tabares es especialista o no en Obstetricia. CONTESTO: El no es especialista en Gineco-obstetricia pero ha trabajado con el servicio, en muchas ocasiones, es decir él presta servicio de obstetricia muchísimas veces, no es especialista pero tiene entrenamiento. PREGUNTADA: Indique si un desprendimiento de placenta es considerado una urgencia y si además la atención de una paciente en estas condiciones es del resorte de un especialista. CONTESTO: Es una urgencia y se supone que en este centro es de atención de un especialista. Yo creo que esta señora se operó con un diagnóstico diferente,

no fue previo el diagnóstico del abruptio, el diagnóstico era de sufrimiento fetal agudo. PREGUNTADO: Indique si el sufrimiento fetal agudo implica la evacuación del feto en términos urgentes. CONTESTO: No, se considera una urgencia relativa, porque hay que hacer recuperación fetal inútero... PREGUNTADO: Consignado en la historia clínica por un médico general un desprendimiento de placenta, puede quedarse la paciente sin riesgo del feto y de su vida durante cuarenta minutos sin recibir una nueva evaluación, máxime cuando haya empezado a sangrar. CONTESTO: Yo creo que así no se puede plantear el caso, esta señora tuvieron la sospecha de un abruptio, pero fue una sospecha porque tenía un sangrado en moderada cantidad, pero el signo clásico del abruptio es la hipertonía uterina y esta señora nunca la tuvo, porque cuando Iván la vio tampoco tenía hipertonía y los sangrados durante el trabajo de parto pueden ser por múltiples razones como una placenta marginal, por una ruptura de un seno marginal, por un desgarro de cuello. PREGUNTADO: Y si en definitiva las cosas no fueron graves, cuál es la razón para que el feto sobreviviera dos minutos. CONTESTO: Yo escribí aquí en la historia que el bebé tiene apgr 0 exangüe, y un bebé así lo intentan reanimar pero no sobrevive. El bebé se murió porque hizo un abruptio total de placenta, si había abruptio pero la historia por clínica, no se hizo el diagnóstico de abruptio sino de sufrimiento fetal... PREGUNTADA: Revisada la historia clínica desde el ingreso de la paciente a la Clínica Pío XII hasta la cirugía que Ud. le practicó, sírvase decirle al Tribunal si Ud. encuentra que tuvo o no un manejo médico oportuno y adecuado en el caso de la paciente María Dancy Vélez de Acevedo. CONTESTO: Yo creo que sí, lo único que falta aquí es una hoja de control de partos que no la llevamos exactamente nosotros. Yo creo que esa señora recibió el manejo oportuno. Para lo que demoraron los traslados de 1:10 a 1:45, fue muy rápido, no me parece demorado, en este caso en particular. PREGUNTADA: Cree Ud. que si la paciente hubiese sido intervenida quirúrgicamente unos diez o quince minutos antes, otra habría sido la suerte del feto. CONTESTO: Cuando a ese bebé lo evaluaron a la 1:10 que tenía una frecuencia cardíaca de 80 y sabiendo el diagnóstico final que se supo con posterioridad, ese bebé se habría tenido que sacar a la 1:10, en el momento en que se hizo ese diagnóstico. El diagnóstico final no se supo con seguridad, una vez hecha la intervención quirúrgica, solamente en ese momento se supo que era un abruptio total. Cuando uno decide operar ya eso puede ser media hora, una hora porque mientras se prepara todo el equipo quirúrgico y se hace la asepsia y se inicia la anestesia..." (fols. 83-87, Cdno. 2).

IVAN TABARES MARIN

Médico General, de 44 años, egresado de la Universidad de Caldas, al servicio del Seguro Social, discurrió en su declaración dentro del siguiente universo:

"... "Para esa época yo estaba rotando por el servicio de maternidad del Seguro Social en mi condición de médico general. Cuando llegué ese día a recibir

el turno el médico general, que me entregó el servicio me informó del caso de la Sra. María Dancy, según el doctor la paciente en los últimos minutos había presentado una súbita complicación durante su trabajo de parto, caracterizada por hemorragia vaginal caída de la presión arterial, palidez y compromiso del estado del feto. Para ese momento, la una de la tarde, se había detectado clínicamente una bradicardia, es decir una frecuencia cardíaca marcadamente disminuida lo que es signo obvio de sufrimiento fetal e indicación de una cesárea urgente. También me comunicó el médico que estaba tratando de comunicarse con la Dra. Isabel Cristina Salazar la especialista de turno, quien estaba realizando otro procedimiento quirúrgico, para comunicarle la urgencia que se había presentado. Yo inmediatamente procedo a ordenar en la historia que se preparara la paciente para una cesárea, en esos momentos aparece en el servicio la Dra. Cristina Salazar quien ratifica la decisión mía. Mientras se preparaba la paciente y mientras se llevaba a la ambulancia pasó un lapso de tiempo precioso, que fue demorado porque había un daño en uno de los ascensores de la clínica y porque para esa hora la congestión del ascensor que estaba en servicio, era grande. La paciente fue llevada al Hospital San Jorge donde se le practicó una cesárea pero el niño falleció poco después del procedimiento... En la historia que tengo a mi vista aparece una nota del médico que me entregó el servicio, el Dr. Francisco Hernández, a las 12:30 de ese día, en la cual la presión de la paciente es normal 140-80 milímetros y la fetocardia también es normal, a pesar de que en ese momento se presentó la complicación, la hemorragia, para la una de la tarde esas condiciones clínicas ya habían variado, y son las que señalé anteriormente... Respecto a la primera parte no sé por qué la cirugía se realizó en el Hospital y no en la Clínica Risaralda, de lo que sí puedo dar fe es que en ambas instituciones se realizaban cirugías de urgencias del Seguro Social por la remodelación a que estaba siendo sometida la Clínica Pío XII. En cuanto a la demora de la cirugía, ya señalé algunas de las circunstancias que la motivaron. En primer lugar la doctora Cristina Salazar acababa de terminar un procedimiento quirúrgico del mismo servicio de maternidad y mientras ella regresó a la Clínica se perdieron unos minutos puesto que la indicación de la cesárea era evidente para el Dr. Hernández. Recuerdo que en ese momento se comentó que tal vez la Dra. estaba consumiendo algún alimento en algunos de los restaurantes o cafeterías aledaños a la Clínica, pero ésto debe confirmarlo la misma Dra. Salazar. En segundo lugar se perdió tiempo por el daño que había en uno de los ascensores, y finalmente porque a esa hora de visita, el único ascensor disponible funciona más lentamente. PREGUNTADO: Diga si la única especialista en el ramo de obstetricia fue la cirujana que finalmente atendió a María Dancy. CONTESTO: Para la época solamente se asignaba un especialista por turno en el área de ginecología y obstetricia. PREGUNTADO: Qué es lo que Ud. quiere decir cuando en el curso de esta declaración indica que la cesárea era urgente, porque se había presentado bradicardia. CONTESTO: La bradicardia en el bebé que está próximo a nacer es un signo de sufrimiento fetal mandatorio de cesárea

urgente, eso hacía necesario adelantar el procedimiento a la mayor brevedad posible. PREGUNTADO: Si a las doce y treinta el Dr. Francisco Hernández contempló la posiblidad de una abruptio de placenta, si la especialista estaba en cirugía y podía presagiarse de pronto la necesidad de una cesárea, por qué no se buscó economía de tiempo localizando al anestesiólogo, separando la sala de cirugía, sin esperar hasta que Ud. a la una determinada esa urgencia. CONTESTO: Yo no podría responder a esa pregunta porque en el momento en que yo tomo la decisión, aparece la cirujana quien inmediatamente sale con la paciente tan pronto se organiza, a realizar la cesárea. El procedimiento normal en cualquier servicio del Seguro Social, cuando se decide operar consiste en informar a la sala de cirugía al anestesista y al cirujano. En el caso de la Sra. María Dancy el Dr. Hernández ya se había comunicado con quirófanos del hospital donde le informaron que la Dra. Salazar ya había salido. PREGUNTADO: Por todo lo anotado por Ud. indíquenos si la asistencia fue oportuna. CONTESTO: Desde el punto de vista médico la atención a la paciente María Dancy no pudo haber sido mejor dadas las condiciones de los médicos que intervinieron, como las medidas preparatorias a la cirugía y la habilidad especial que tiene la Dra. Isabel Cristina Salazar..." (fls. 88-92, Cdno. No. 2).

A la luz del anterior acervo probatorio resulta imposible para la Sala aceptar que, en el caso *sub-exámine,* hubo negligencia en practicar la cesárea a la señora MARIA DANCY VELEZ DE ACEVEDO, pues como lo afirma el Dr. Carlos Augusto Durango Medina, cuando se presenta desprendimiento prematuro de la placenta, la intervención puede llevarse a cabo en un término de cuatro a seis horas, contados a partir del momento en que se registra la novedad. Este período no fue superado en el caso que se estudia, pues entre el momento en que se hizo la valoración médica (1:10 p.m.) y el momento de la operación (1:45 p.m.) sólo transcurrieron treinta y cinco minutos. El Dr. José Hebert Aristizábal Bustamente relata muy bien el estado de salud de la paciente, en distintos momentos del tiempo físico, que avalan la anterior conclusión. El afirma que a las 12:30 del día los signos vitales fetales y maternos estaban conservados, sospechándose una "abruptio de la placenta". Se programa entonces la cirugía para la 1:10 p.m. y ella empieza a la 1:45 p.m., pues era necesario dar unos pasos de preparación de la enferma (instaurar la anestesia). En apoyo de esta última perspectiva médica viene el testmonio técnico del Dr. Jaime López Marín, quien con apoyo en la historia clínica destaca que, ordenada la cirugía, se imponía "... iniciar el manejo médico, es decir, compensarla, estabilizar sus signos vitales y mejorar sus condiciones generales para ser llevada al quirófano...", actividad que "**NO SE PUEDE CUANTIFICAR EN TIEMPO EXACTO PUES TODO DEPENDE DEL ESTADO DE LA PACIENTE...**". Así las cosas, cómo concluir, con fuerza de convicción, que la intervención quirúrgica se dilató en el tiempo físico, más de lo razonable? La Sala valora, en todo su universo, lo depuesto por el Dr. Jaime López Marín en el sentido de que no se debe llevar una paciente a cirugía "SIN ANTES MEJORAR SUS CONDICIONES", pues proceder en sentido contrario podría dar

lugar, con sólidos fundamentos fácticos, a la falla del servicio en la prestación de la atención médica.

El *ad-quem* valora, igualmente, lo expuesto por la Dra. Isabel Cristina Salazar Muñoz, quien tuvo a su cargo la intervención quirúrgica, pues es clara en manifestar que, en el caso *sub-exámine*, no se operó con un pronóstico de abruptio sino de "sufrimiento fetal agudo", trabajo que se considera como "UNA URGENCIA RELATIVA". Por ello es muy clara en explicar: "... esta señora tuvieron la sospecha de un abruptio, pero el signo clásico del abruptio es la hipertonía uterina y esta señora nunca la tuvo, porque cuando Iván le vio tampoco tenía hipertonía y los sangrados durante el trabajo de parto pueden ser por múltiples razones como una placenta marginal, por una ruptura de un seno marginal, por un desgarro de cuello...". Finalmente, es muy clara la citada profesional en afirmar que la señora "... recibió el manejo oportuno..." agregando: "... para lo que demoraron los traslados de 1:10 a 1:45, fue muy rápido, no me parece demorado en este caso particular...".

Por lo que hace relación con el testimonio técnico del Dr. IVAN TABARES MARIN, "LIDER SINDICAL", como él mismo lo destaca en su declaración, la Sala encuentra que él tiene mucho universo probatorio en cuanto afirma que: "... la atención a la paciente María Dancy no pudo haber sido **mejor dadas las condiciones de los médicos que intervinieron, como las medidas preparatorias a la cirugía y la habilidad especial que tiene la Dra. Isabel Cristina Salazar".** Sus glosas por falta de un ascensor, hora de visita, dificultad en la localización de la cirujana, no alcanzan a estructurar la falla del servicio, pues son circunstancias que pueden presentarse, de un momento a otro, y que habida consideración del medio en que se actuó, deben ser soportadas por los usuarios. No se puede pretender que en el Hospital San Jorge de Pereira se disponga de todos los ascensores que se pueden ofrecer en un centro hospitalario de primera línea en un país desarrollado, o que cada paciente tenga a su lado un médico, para brindar la mejor atención al paciente, o en número de camas que la demanda exija, para atender situaciones de congestión. Por ello el Profesor Jean Riveró enseña:

> "286. B-Carácter concreto de la falta de servicio. El Juez, para apreciarla, no se refiere a una norma abstracta, para decidir, en cada especie, si hay falta o no. El se pregunta lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, o momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc.
>
> "De ello resulta que la noción de falta de servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo" (Derecho Administrativo. Traducción de la 9a. Edición. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela, 1984, pág. 304 y ss.ss.).

B) La Sala desea dejar en claro que ha desatado el presente conflicto de intereses apoyado en la prueba testimonial a que se hizo referencia en el literal anterior, pues el informe enviado por la Federación Médica Colombiana, no resultó muy útil para la decisión, ya que se analiza la problemática desde un punto de vista simplemente académico, pero sin hacer mayor referencia al caso concreto. El sentenciador encuentra que, confrontados los testimonios técnicos, se presenten aspectos que permitan concluir que en algunas circunstancias y facetas científicas las opiniones de los citados profesionales se encuentran divididas, pero en estos casos la doctrina orienta en el sentido de que el juez no puede tomar partido en tales controversias, filosofía con la cual el punto controvertido, de no existir una prueba científica que lo defina, se queda sin demostración. En la materia que se estudia la Sala hace suya la perspectiva que se recoge en prividencia de tribunal argentino, citada por el Dr. CARLOS A. GHERSI en su obra Responsabilidad por Prestación Médico Asistencial, en la cual se lee:

> "Saber si un tratamiento ha sido bien o mal ordenado, si no hubiere sido preferible otro, si tal operación era o no indispensable, si hubo o no imprudencia al arriesgarla, habilidad o no al ejecutarla, si este o aquel instrumento, según este o aquel procedimiento no habría resultado mejor, **son cuestiones científicas a debatirse entre médicos y que no pueden constituir casos de responsabilidad civil ni caer bajo el examen de los tribunales,** pero ello no es así desde el momento en que los hechos reprochados a los médicos salen de la clase de los que, por su naturaleza, están exclusivamente reservados a las dudas y discusiones de la ciencia, desde el momento que se complican de negligencia, ligereza o ignorancia de cosas que necesariamente deben saber" (voto del doctor De Igarzabal) C.N. Civ. Sala A, 29/7/77, Ed. 74-563) (Obra citada, pág. 76).

La Sala no hace suya la perspectiva jurídica y fáctica que maneja el apoderado de la parte actora en la demanda cuando afirma que: "La muerte del hijo de MARIA DANCY VELEZ y GONZALO ANTONIO ACEVEDO, obedeció a una falta del servicio o de la administración, pues como ya se dijo inicialmente por efectos de la remodelación de la Clínica "PIO XII" de los Seguros Sociales, este centro asistencial carecía de una unidad apropiada para atender este tipo de urgencias, debiendo ser trasladados los pacientes hasta el Hospital Universitario San Jorge; además, entre el diagnóstico de las 12:30 p.m. y la orden de cesárea impartida por el médico IVAN TABARES MARIN transcurrieron 40 minutos; y, entre la 1:10 p.m. y el momento en que se inició la cirugía (1:45 p.m.) transcurrieron otros 35 minutos, tiempo que indiscutiblemente incidió en el empeoramiento de la madre y la criatura; es decir, que de haber existido los medios adecuados para atender la urgencia, probablemente otro hubiese sido el resultado". Y no la patrocina, porque el expediente está huérfano de pruebas que permitan DISIPAR LA DUDA que el mismo mandatario judicial se plantea, esto es, la de que "PROBABLEMENTE OTRO HUBIESE SIDO EL RESULTADO". Por lo demás, la simple circunstancia de que en la Clínica "PIO XII" se estuviesen haciendo algunos trabajos, que determinaban que los pacientes fueran

atendidos en el Hospital San Jorge, tampoco da margen para predicar que la administración no prestó el servicio médico que se esperaba de ella. Si el manejo fue oportuno, los médicos científicamente capacitados, y las medidas preparatorias correctas, como lo reconoce el Dr. Iván Tabares, cómo darle entrada a la falla del servicio? Tampoco está probado que el tiempo que transcurrió entre el momento en que se ordenó la operación y aquel en que ésta se hizo haya incidido en "... el empeoramiento de la madre y la criatura..." como lo predica el apoderado de los demandantes. La afirmación es una suposición que no tiene respaldo probatorio. Finalmente, la circunstancia de que la paciente hubiese tenido que ser desplazada de la Clínica de los Seguros Sociales al Hospital San Jorge, tampoco es hecho que tenga universo comprometedor en el resultado que se lamenta, por falta también de pruebas. Dónde está el dictamen médico que permita concluir que el traslado como CAUSA, y la muerte de la criatura como EFECTO, se relacionan con necesidad absoluta? Si en un centro médico se ordena que por falta de recursos se traslade al enfermo a otro, en donde se dispone de mejores medios y elementos para la atención del paciente, se podrá predicar falla del servicio porque éste fallece en el transcurso del viaje? No lo cree así el sentenciador, a menos que la apelación causal quede sólidamente demostrada.

En este momento del discurso judicial el *ad-quem* desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación, como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala sólo reivindica la precisión jurisprudencial que hizo en sentencia de 30 de julio de 1992, con Ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, al centro de imputación jurídica demandado, que como en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable. El sentenciador no avala la tesis de quienes predican que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA. Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de "LEGE FERENDA" y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió al enfermo. Verdades con este temperamento obligan al fallador a apreciar la prueba a la luz de las reglas que informan la sana crítica, es decir, con un sentido lógico y un prudente arbitrio que torne armónico y creíble el plexo de los hechos. Es por ello que el Profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña:

"Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, **DETERMINAR PRESUNCIONES "HOMINI" DE CULPA CONTRA LA PARTE QUE OBSERVO UNA CONDUCTA PASIVA PARA DEMOSTRAR SU NO CULPA CUANDO SE HALLABA EN CONDICIONES MAS FAVORABLES DE HACERLO** (favor *probationes*) QUE EL ACCIONANTE, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta aplicación del concepto de **CARGA PROBATORIA DINAMICA ES DE EXCEPCION,** pero sin duda se compadece con el criterio de **EQUIDAD** en la relación procesal entre las partes" (Teoría General de la Responsabilidad Civil. Octava Edición, Abeledo Perrot, pág. 497).

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

FALLA:

PRIMERO: **REVOCASE** la sentencia calendada el día diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar RESUELVE:

DENIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

SEGUNDO: Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

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 LA POLICIA/FALLA EN EL SERVICIO DE VIGILANCIA/LIDER SINDICAL–Escolta/**LIDER POLITICO**–Escolta/**OBLIGACION DE MEDIO**

No se trata en este caso, como parece entenderlo el Tribunal, de que al ciudadano común y corriente no puede colocársele un agente para protegerlo, o de que 1a muerte de 1a víctima se hubiera producido de todas formas, así contara con un mejor servicio de protección oficial. De ninguna manera. La situación en el *sub-júdice* era totalmente distinta, por cuanto que quien requería 1a protección era un trabajador sindicalista y activista político de un movimiento cuyos dirigentes en todo el país fueron víctimas de muertes y atentados. El peligro en que se encontraba era tan cierto e inminente, que 1a propia policía le había asignado un escolta que le prestaba un servicio intermitente e insuficiente, dado que sólo lo acompañaba cuando se hallaba en la población y ocasionalmente al salir de su casa de habitación. En tales condiciones temporales de protección, se infiere lógicamente que al momento del atentado contra su vida se hallaba sin acompañante policial, sin escolta, a su suerte y además en horas propicias para 1a consumación del hecho criminoso. Para la Sala no resulta suficiente la explicación que ofrece 1a Policía Nacional de que no se le podía brindar protección hasta el lugar de trabajo por cuanto los agentes no podían salir de 1a jurisdicción municipal. Aceptarla implicaría desconocer que dicha institución tiene carácter nacional y no está legalmente limitada para ejercer sus funciones en todo el territorio nacional. El obstáculo que podría ser administrativo, era superable por virtud de las especiales circunstancias que rodeaban el caso, mediante una orden del Comando de 1a Policía Nacional en Antioquia. La función protectora que brinda esta entidad, antes que de resultado es medio, y, precisamente observa la Sala, que la administración falló en ese punto al no brindarle a la víc-

tima los medios suficientes, adecuados y oportunos para prevenir y evitar en lo posible los resultados trágicos inherentes a un atentado. Fue, pues, insuficiente y deficiente la prestación del servicio de vigilancia para el sindicalista, de donde se concluye que en el caso examinado se configuró una falla en el servicio de vigilancia a cargo de la Policía Nacional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8725. Actor: Blanca Cecilia Moreno y Otros. Demandado: La Nación - Policía Nacional..

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el. apoderado de la parte actora contra la sentencia de 30 de abril de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda.

En escrito presentado el 19 de noviembre de 1990, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, la señora Blanca Cecilia Moreno Gómez, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Joao Ulise, Alex Manfred y Hernán Darío Martínez Moreno, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra La Nación – Policía Nacional, para que se la declarara administrativamente responsable de los daños y perjuicios que se les han ocasionado con la muerte de su esposo y padre Jesús Antonio Martínez Moreno, ocurrida el 5 de enero de 1989 en el municipio de El Carmen de Viboral (Antioquia), a manos de sicarios desconocidos, causada por la falta de protección del Estado. Consecuencialmente solicita el reconocimiento y pago de los perjuicios morales en cuantía equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno, materiales por la ayuda que dejaron de percibir desde la muerte de su esposo y padre, hasta el término de vida probable

2. Fundamentos de hecho.

Se refiere en la demanda que Jesús Antonio Martínez Moreno trabajaba en Rionegro (Antioquia), en la empresa "Textiles Rionegro", en donde era líder sindical y residía en El Carmen de Viboral, en donde se desempeñaba como concejal por el movimiento político Unión Patriótica, cuyos militantes en considerable proporción han

sido asesinados.Por esta razón la UP había solicitado protección policial para Martínez Moreno, a quien el autodenominado movimiento "Muerte a Revolucionarios del Nordeste" había amenazado. Para su protección en la época de su muerte el Comando de Policía Nacional del Distrito de Rionegro le asignó un agente como escolta.

En las primeras horas de la mañana del 5 de enero de 1989, el señor Martínez Moreno fue acompañado por su escolta, desde su casa de habitación hasta el sitio donde abordó el autobús que habría de conducirlo hasta el lugar de trabajo, en compañía de otros compañeros de labores. Momentos más tarde, en el sitio denominado "Quebrada la Puerta", el automotor fue detenido por un grupo de antisociales, quienes hicieron descender a Jesús Antonio Martínez Moreno, para dispararle despiadadamemte en presencia de sus compañeros, ocasionándole la muerte.

Lo sucedido lo considera la parte demandante como una falla o falta del servicio por cuanto las autoridades conocían suficientemente de las amenazas contra Martínez Moreno, sabían que pertenecía a la Unión Patriótica, estaban enteradas de la persecución desatada contra los miembros de dicha organización política y se había pedido expresamente su protección especial, servicio que fue ineficaz, deficiente e inoportuno, en los términos de la demanda.

El occiso había contraído matrimonio con Blanca Cecilia Moreno Gómez y habían procreado a Joao Ulise, Alex Manfred y Hernán Darío Martínez Moreno.

3. Actuación procesal.

La apoderada de la Nación - Policía Nacional, al contestar la demanda solicitó la práctica de algunas pruebas, para demostrar que no se dio una falla en el servicio. Alude a la necesidad de que el interesado reclame la protección especial, pues de no mediar ésta, no se podría pregonar negligencia o imprudencia del ente estatal "que por más disponibilidad y eficiencia en sus servicios que (sic) obstante, no podrá garantizar de una manera absoluta la proteccion individual hasta.el ultimo riesgo y hasta la más imprevisible amenaza". Propuso la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales en la misma, por no exponer con precisión y claridad el *petitum*.En su alegato de conclusión sostiene que al occiso se le había brindado protección con un escolta, así fuera con las limitaciones señaladas en el proceso, sin pasar por alto que esa protección debía prestarse también a muchas otras personas, "haciéndose más exigible esta protección como es lógico suponer para los más grandes diligentes (sic)".

4. La sentencia apelada.

Consideró el Tribunal que las súplicas de la demanda no debían prosperar por cuanto en el *sub-júdice* no se presentó una falla del servicio. Para así concluir, razona el *a-quo* que la víctima sí estaba protegida en razón de las amenazas recibidas por su actividad política y sindical y que inclusive el día de su muerte fue acompañado hasta

tomar el bus por el agente de la Policía Nacional, cuya presencia de todas formas no hubiera sido obstáculo para que el grupo de sicarios hubiera consumado el asesinato. Afirma el Tribunal que "La sentencia de muerte que organizaciones criminales habían ordenado y ejecutado contra la Unión Patriótica aún con asesinatos masivos, hacían nulos los afanes estatales para garantizar el derecho a la vida que en el caso a estudio, no marcó una omisión aunque se auspiciase interrogantes de que con un solo acompañante eso era insuficiente, intentándose elucubraciones de número diferente (de tres, cinco, siete), algo por ende caprichoso". Agrega que "Se pudiera entender que la anterior precisión es una confesión judicial de la impotencia del Estado para defender la vida de los ciudadanos, cuya enunciación por sí sola puede estremecer, pero la verdad es que estas asociaciones criminales como la que se denominó muerte a revolucionarios del Nordeste o las que sometieron a exterminio a la Unión Patriótica cumplieron su fin aun franqueando la protección otorgada a sus miembros, ora oficial como privada".En tales condiciones estima el *a-quo* que "Mal podría entonces concluirse que una falla del servicio de administración policial fue la causa de la muerte de Martínez Moreno".

5. Razones de la apelación.

El apoderado de la parte actora sustenta el recurso interpuesto en los razonamientos consignados por la Sala Plena de la Corporación en providencia de 12 de julio de 1988, con ponencia del doctor Simón Rodríguez Rodríguez, cuyos planteamientos llevan al impugnante a manifestar que "La anterior jurisprudencia parece concebida para el caso que nos ocupa pues JESUS ANTONIO MARTINEZ MORENO era un líder sindical, miembro de un partido político, nuevo y controvertido, cuyo ingreso a la justa democrática causó escozor a algún sector de la derecha que declaró la guerra a muerte a la Unión Patriótica, situación que por demás reconoce el Tribunal, lo que ameritaba que se le brindara una protección efectiva por parte de la policía y no simbólica como la que se le trató de dar, dada su situación de amenazado "y condenado a muerte" por un grupo específico: "Muerte a Revolucionarios del Nordeste". Solicita revocar el fallo apelado y acceder a las súplicas de la demanda.

Al alegar de conclusión la apoderada del ente demandado, impetra la confírmación del fallo recurrido, por razones anteriormente expresadas. Agrega que la obligación del Estado es de medio y no de resultado, y que en el caso bajo estudio el Estado colocó los medios necesarios para cumplir su fin, sin poder asegurar que el atentado no se cumpla.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fallo apelado habrá de revocarse, para en su lugar acceder a las peticiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

Está debidamente acreditado en el proceso que el señor Jesús Antonio Martínez Moreno estaba amenazado por el movimiento "Muerte a Revolucionarios del Nordeste",

y en eso se coincide con lo expuesto por el Tribunal en el fallo recurrido, el cual se fundamenta en las declaraciones recaudadas dentro del proceso. Tales demostraciones le dan seguridad a la Sala para encontrar debidamente probada la angustiosa situación del occiso, hasta el punto de que entre sus propios vecinos y amigos se lo tenía por persona ya señalada para morir.

Tan ostensible era la situación de peligro que vivía Martínez Moreno, que la Policía Nacional procuró brindarle alguna protección mediante un agente uniformado que dormía en la residencia de la víctima, desde donde lo acompañaba hasta el parque principal, donde el occiso tomaba el vehículo para transportarse a la fábrica de Coltepunto en Rionegro. Cuando regresaba a su casa llamaba al Comando para avisar si necesitaba escolta para salir a la calle a alguna diligencia. Como la víctima trabajaba en Rionegro se iba sin escolta por cuanto "el Agente de seguridad no estaba autorizado para salir de la Jurisdicción del Municipio" (fls 325-326).

No desconoce la Sala el servicio de vigilancia prestado a un ciudadano cuya vida e integridad se encontraba en permanente estado de peligro y en este sentido ningún reparo puede formularse a la Policía Nacional. Sin embargo, dicho servicio fue deficiente y superficial hasta el punto de permitir que los sicarios conocieran cuándo, dónde y por qué el líder político y sindical se encontraba sin escolta. Bien conocían los delincuentes que Martínez Moreno estaba desprotegido cuando iba a trabajar, que el escolta apenas lo acompañaba hasta el bus y que de allí en adelante quedaba a su suerte, a la ayuda de sus compañeros de trabajo, pero alejado de la protección que la fuerza pública está obligada a brindarle precisamente por la permamente posibilidad en que se hallaba de perder su vida, como les constaba a sus compañeros de labores, vecinos y conocidos, según lo manifestaron en este proceso, hasta el punto de que uno de ellos calificó la situación del hoy occiso, como "La crónica de una muerte anunciada", en referencia a la obra de García Márquez.

No se trata en este caso, como parece entenderlo el Tribunal, de que al ciudadano común y corriente no puede colocársele un agente para protegerlo, o de que la muerte de la víctima se hubiera producido de todas formas, así contara con un mejor servicio de protección oficial. De ninguna manera. La situación en el *sub-júdice* era totalmente distinta, por cuanto que quien requería la proteccion era un trabajador sindicalista y activista político de un movimiento cuyos dirigentes en todo el país fueron víctimas de muertes y atentados. El peligro en que se encontraba era tan cierto e inminente, que la propia policía le había asignado un escolta que le prestaba un servicio intermitente e insuficiente, dado que sólo lo acompañaba cuando se hallaba en la población y ocasionalmente al salir de su casa de habitación. En tales condiciones temporales de protección, se infiere lógicamente que Martínez Moreno al momento del atentado contra su vida se hallaba sin acompañante policial, sin escolta, a su suerte y además en horas propicias para la consumación del hecho criminoso Para la Sala no resulta suficiente la explicación que ofrece la Policía Nacional de que no se le podía brindar protección hasta el lugar de trabajo por cuanto los agentes no podían salir de la

jurisdicción municipal. Aceptarla implicaría desconocer que dicha institución tiene carácter nacional y no está legalmente limitada para ejercer sus funciones en todo el territorio nacional. El obstáculo que podría ser administrativo, era superable por virtud de las especiales circunstancias que rodeaban el caso, mediante una orden del Comando de la Policía Nacional en Antioquia.

Ahora bien, como lo afirma en su alegato de conclusión la apoderada de la Policía Nacional, la función protectora que brinda esta entidad, antes que de resultado es de medio, y, precisamente observa la Sala, que la administración falló en ese punto al no brindarle a la víctima los medios suficientes, adecuados y oportunos para prevenir y evitar en lo posible los resultados trágicos inherentes a un atentado. Fue, pues, insuficiente y deficiente la prestación del servicio de vigilancia para el sindicalista Martínez Moreno, de donde se concluye que en el caso examinado se configuró una falla en el servicio de vigilancia a cargo de la Policía Nacional..

Además de la falla del servicio anotada encuentra la Sala acreditado el daño y su relación causal con aquella, lo que le permite deducir, de una parte, la responsabilidad extracontractual administrativa del ente demandado, y de otra, hacer los siguientes reconocimientos indemnizatorios:

Por perjuicios morales reclaman Blanca Cecilia Moreno Gómez, esposa de la víctima, y sus hijos Joao Ulise, Alex Manfred y Hernán Darío Martínez Moreno. Establecida adecuadamente la condición de cónyuge sobreviviente de la primera, y de hijos legítimos en los menores demandantes, hay lugar a reconocerles por la afectación moral que debieron sufrir con la muerte violenta de su esposo y padre, el equivalente en pesos a mil gramos de oro fino para cada uno.

Respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, encuentra la Sala acreditado que el occiso trabajaba en Textiles Rionegro y Cía. Limitada, en donde devengaba un salario mensual de $48.649.oo, sobre los cuales se hará la liquidación correspondiente De dicho valor se deduce un 25% que se presume dedicaba la víctima para su sostenimiento personal. El 75% restante ($36.486.75) se divide en dos partes iguales, una para la cónyuge ($18.243.17), y la otra para distribuirla por igual entre los tres hijos, correspondiéndole a cada uno la suma de $6.081.12. Las sumas anteriores, actualizadas de acuerdo con los índices de precios al consumidor vigentes en enero de 1989 (102.75) y en marzo de 1994 (355.13), equivalen a $63.059.59 para la esposa y a $21.017.90 para cada uno de los hijos.

Indemnización debida para la cónyuge sobreviviente:

Abarca desde la ocurrencia de los hechos, hasta la fecha de la sentencia, es decir, 63.5 meses.

Se utiliza la fórmula:

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

$$S = 63.059.59 \ \frac{(1 + 0.004867)^{63.5} - 1}{0.004867} = \$4.635.619.41$$

Valor de la indemnización debida: $4.635.619.41

Indemnización debida para los hijos:

a. Para Joao Ulise Martínez Moreno:

Por razón de su edad, sólo se le liquidará la indemnización debida, por un período de 34.57 meses y para ello se utiliza la fórmula anterior.

$$S = 21.017.90 \ \frac{(1 + 0.004867)^{34.57} - 1}{0.004867} = \$\,789.206.26$$

b. Para Alex Mandred Martínez Moreno.

Le corresponde un período de 63.5 meses y se aplica la misma fórmula.

$$S = 21.017.90 \ \frac{(1 + 0.004867)^{63.5} - 1}{0.004867} = \$1.559.461.06$$

c. Para Hernán Darío Martínez Moreno:

Le corresponde el mismo valor del anterior, es decir, la suma de $1.559.461.06.

Indemnización futura para la cónyuge.

Comprende desde la sentencia hasta el cumplimiento del término de vida probable del occiso, quien era mayor que la esposa. El período a indemnizar es de 306.2 meses.

Se utiliza la fórmula:

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

$$S = 63.053.59 \frac{(1 + 0.004867)^{306.2} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{306.2}} = \$10.025.786.09$$

Indemnización futura para los hijos:

a. Joao Ulise Martínez Moreno.

No le corresponde por haber cumplido la mayoría de su edad con anterioridad a la sentencia.

b. Alex Manfred Martínez Moreno.

Le corresponde un período de 6.7 meses que le faltan para ser mayor de edad. Se utiliza la misma fórmula aplicada al liquidar a su progenitora.

$$S = 21.017.90 \frac{(1 + 0.004867)^{6.7} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{6.7}} = \$138.218.00$$

c. Hernán Darío Martínez Moreno.

Se utiliza la misma fórmula.

$$S = 21.017.90 \frac{(1 + 0.004867)^{75.5} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{75.5}} = \$1.325.291.39$$

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. Declárase administrativamente responsable a la Nación - Policía Nacional, por la muerte del señor JESUS ANTONIO MARTINEZ MORENO, ocurrida el 5 de enero de 1989 en el Municipio de El Carmen de Viboral (Antioquia).

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación - Policía Nacional, a pagar las siguientes cantidades de dinero:

A) Por perjuicios morales.

A la señora Blanca Cecilia Moreno Gómez y a sus hijos Joao Ulise, Alex Manfred y Hernán Darío Martínez Moreno, una suma equivalente a MIL (1.000) GRAMOS DE ORO para cada uno, de acuerdo con el precio interno del oro que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

B) Por perjuicios materiales.

1. A la señora Blanca Cecilia Moreno Gómez la suma de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS CON 50/100.($14.661.405.50) MONEDA LEGAL.

2. Para Hernán Darío Martínez Moreno la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON 45/100 ($2.884.752.45) MONEDA LEGAL.

3. Para Joao Ulise Martínez Moreno la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS SEIS PESOS ($789.206.00) MONEDA LEGAL.

4. Para Alex Manfred Martinez Moreno la suma de UN MILLON SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON 14/lOO ($1.697.679.14) M/L.

Las sumas reconocidas en los numerales anteriores devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria y moratorios después de este término. (Art. 77 C.C A.).

TERCERO. Para dar cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., expídase copia auténtica de la sentencia, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, al Ministerio Público y al Ministerio de Hacienda, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P. C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Publíquese en los Anales.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

ADJUDICACION DE BALDIOS/*LITIS* CONSORCIO NECESARIO PASIVO/OPONIBILIDAD DE LA SENTENCIA–Diferencias/INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO

El litis consorcio necesario se requiere para decidir de fondo el proceso, e implica que, si no están vinculadas al mismo todas las personas que lo conforman, el juez no puede pronunciarse sin violar el derecho de defensa de quienes son parte de la relación jurídica sobre la cual va a tomarse la decisión. Tan cierto es esto que cuando se da tal situación, antes del fallo deberá integrarse el contradictorio. La oponibilidad de la sentencia tiene que ver con el efecto que ella produce una vez se profiera. En unos casos, por la naturaleza propia de la acción, dichos efectos serán *erga-omnes:* piénsese en el proceso de pertenencia, o en los procesos de impugnación de actos administrativos, en los cuales la declaratoria de nulidad (en todos los eventos, arts. 84 y 85 del C.C.A.) producirá iguales efectos; en los otros, será simplemente inter-partes y, en este segundo grupo, se encuentran algunos casos en que será el propio demandante quien decidirá frente a quién desea hacer valer su pretensión, vbgr., en el evento de la petición de herencia, en el cual la sentencia tendrá efectos sólo contra los herederos que fueron citados al proceso, o en el caso de la acción de restablecimiento de derecho, sólo en cuanto al efecto restablecedor que será inter-partes. El *litis* consorcio necesario solamente puede presentarse con las personas que son sujetos de la relación o que intervinieron en el acto que se demanda. Se trata de una identificación entre quienes son parte en la relación sustancial y deben serlo en la procesal, bien sea por la naturaleza de dicha relación, o por disposición de la ley.

ADJUDICACION DE BALDIOS/ACTO ADMINISTRATIVO/PRESUNCION *IURIS TAMTUM*

La Ley 200 de 1936 al exigir a quien alega propiedad, demostrar su titulación durante el término correspondiente a la prescripción extraordinaria, debe entenderse en el sentido de que ésta debe superar el término máximo consagrado por la ley para que los derechos del propietario se extingan y correlativamente un poseedor pueda adquirirlos. De este modo quien alega propiedad debe estar amparado de una titulación que pueda oponerse a cualquier posesión que pueda tener dichos efectos jurídicos. Interpretar de otro modo la norma sería exigir al propietario una titulación que abarcara los veinte (20) años anteriores a la vigencia de la Ley 200 de 1936, lo que no tiene ningún sentido ni finalidad jurídica y además vendría a significar que por cada año de vigencia de dicha disposición debía entenderse aumentado en un año más la exigencia de titulación para quien alegue propiedad. Las resoluciones de adjudicación, como todos los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad que puede ser controvertida dentro del término de dos años establecido para la caducidad de las acciones en su contra (art. 136 del C.C.A.); y en el punto de la prueba de la propiedad frente a la condición de baldío en que ella se expresa, la presunción vigente, por disposición de la ley, es una presunción *juris-tantum* y puede ser desvirtuada en los términos anteriormente expuestos.

DICTAMEN PERICIAL–Valor Probatorio

El dictamen no cumple con los requisitos indicados en el artículo 237 del C. de P.C., que ordena a los peritos examinar directamente los bienes objetos del dictamen y realizar personalmente las investigaciones que consideren necesarias. No es claro, preciso y detallado, ni tampoco indica los fundamentos técnicos en los cuales se basan sus conclusiones. El hecho de que el dictamen pericial no hubiese sido objetado por las partes no implica que el juzgador deba aceptar sus conclusiones, cuando ellas no tienen un sustento técnico que permita otorgarles credibilidad. El dictamen rendido, sobre el cual tampoco la parte demandante pidió aclaración, no prueba los hechos que dicha parte pretendió con él acreditar. No estando entonces demostrado que el predio adjudicado forma parte del predio de propiedad de los demandantes, no puede llegarse a la conclusión de que el mismo es de propiedad particular, que fue el fundamento en que la parte actora sustentó su petición de nulidad de la resolución demandada.

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 8074. Actor: Fernando Matíz Espinosa.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, el dieciocho (18) de noviembre de 1992, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de indebida acumulación de pretensiones, indebida integración del litisconsortes, cosa juzgada y falta de legitimación en la causal.

SEGUNDO. Declarar la nulidad de la resolución número 00103 del 17 de enero de 1990, proferida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por medio de la cual se adjudicó al señor ALVARO DE JESUS CASTRO CASTRO el predio denominado "El Triángulo".

TERCERO. Ordénase la cancelación de la inscripción de la resolución número 00103 del 17 de enero de 1990, en el folio de matrícula inmobiliaria número 190-0047.244 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar.

CUARTO. No habrá condena en costas.

ANTECEDENTES:

1.– Se solicitó en la demanda formulada por FERNANDO MATIZ ESPINOSA y MARGOTH GUTIERREZ DE MATIZ, la declaratoria de nulidad de la resolución No. 00103, expedida el 17 de enero de 1990 por el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA - INCORA, mediante la cual se adjudicó a ALVARO DE JESUS CASTRO CASTRO el predio rural denominado EL TRIANGULO, ubicado en la circunscripción territorial del municipio de Valledupar, inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, el 7 de febrero de 1990 al folio de matrícula inmobiliaria No. 190-0047-244.

La petición de nulidad se fundamentó en que el predio adjudicado por el INCORA no es un terreno baldío, sino que él forma parte del predio de mayor extensión denominado LA NUEVA ALEGRIA, que pertenece a la propiedad de los demandantes, quienes lo adquirieron por compra que de él hicieron a la sociedad Garrido y Sierra Ltda., mediante la escritura pública No. 568, otorgada el 12 de agosto de 1965 en la notaría única de Valledupar, habiendo ellos posteriormente tramitado sobre el mismo predio un proceso de pertenencia que culminó con sentencia favorable del 23 de noviembre de 1971, la cual fue inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, al folio de matrícula inmobiliaria No. 190-0005-297.

En los hechos de la demanda, adicionalmente se señaló que el adjudicatario, ALVARO DE JESUS CASTRO, dividió el predio objeto de la resolución, denominado EL TRIANGULO, en dos predios que llamó EL TRIANGULO No. 1 y EL

TRIANGULO No. 2, y, por una dación en pago, transfirió la propiedad del primero de ellos al BANCO GANADERO.

2.– La demanda se dirigió contra el INCORA, el adjudicatario ALVARO DE JESUS CASTRO CASTRO, y el BANCO GANADERO. Todos fueron vinculados al proceso y con excepción del INCORA, dieron contestación a la demanda.

3.– El BANCO GANADERO (F. 116) propuso las siguientes excepciones:

A.– De indebida conformación del litis consorcio necesario por pasiva, en la medida en que no se vinculó al proceso al señor JOSE ELIAS MENDOZA MESTRE a quien el adjudicatario vendió el predio denominado EL TRIANGULO No. 2.

B.– De indebida acumulación de pretensiones, al considerar que en la demanda no se podía acumular a la pretensión de nulidad de la resolución, la petición de cancelación de matrícula inmobiliaria abierta con fundamento en el registro de la resolución, pues esta última súplica conllevaría la anulación de los actos posteriores al registro de la resolución, que son precisamente la dación en pago hecha al Banco Ganadero y la venta del predio TRIANGULO No. 2 a JOSE ELIAS MENDOZA MESTRE. Considera el Banco Ganadero que la declaratoria de nulidad de dichos registros sólo puede decretarse como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la dación en pago hecha al propio banco y de la venta al citado MENDOZA MESTRE.

4.– El adjudicatario, ALVARO DE JESUS CASTRO CASTRO, contestó la demanda negando que el predio que le fue adjudicado forme parte del predio denominado LA NUEVA ALEGRIA.

Propuso como excepciones la de cosa juzgada, la falta de legitimación en la causa y la indebida conformación del litis consorcio necesario. La última de las propuestas es similar a la formulada por el Banco Ganadero, razón por la cual solamente se hará referencia a las dos primeras:

A.– Cosa juzgada: se fundamenta en que, con anterioridad a la demanda que dio origen al presente proceso, se tramitaron dos procesos judiciales: un proceso de pertenencia iniciado por JOSE ELIAS MENDOZA que culminó con sentencia del 24 de julio de 1989, en favor de las pretensiones del actor; y, un proceso reivindicatorio promovido por los mismos demandantes, FERNANDO MATIZ ESPINOSA y MARGOTH GUTIERREZ DE MATIZ contra ALVARO DE JESUS CASTRO CASTRO y JOSE ELIAS MENDOZA, el cual culminó con fallo absolutorio del 16 de febrero de 1989.

B.– Falta de legitimación en la causa: se basa en el hecho de que, en virtud de las sentencias citadas en el literal anterior, los demandantes no tenían la condición de propietarios del predio objeto de la resolución.

5.– En la sentencia de primera instancia el Tribunal declaró, como se dijo, no probadas las excepciones formuladas por los demandados, decretó la nulidad de la Resolución No. 00103 del 17 de enero de 1990 y ordenó la cancelación de su inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos de Valledupar.

6.– Contra dicha sentencia formularon recurso de apelación, el adjudicatario, el Banco Ganadero y los demandantes: los dos primeros señalan que con el dictamen pericial rendido en el curso del proceso no se demostró que el predio adjudicado formara parte del predio de propiedad de los demandantes; el adjudicatario agrega que la sentencia de primer grado no fundamenta el rechazo de la excepción de *litis* consorcio necesario.

Los demandantes concretan su inconformidad con el fallo de primera instancia, en que el mismo no decretó la nulidad de todas las matrículas que fueron abiertas con posterioridad a la inscripción de la resolución demanda, y además solicitan que se produzca condena en costas, por cuanto en el proceso estuvieron vinculados como demandados el Banco Ganadero y el adjudicatario que no son personas de derecho público.

7.– En el curso de la segunda instancia el Ministerio Público emitió concepto, solicitando la confirmación del fallo apelado en virtud de que en el procedimiento administrativo de adjudicación que culminó con la resolución demandada, se incurrió en irregularidades de orden procedimental.

En este orden de ideas, deberá la Sala entonces estudiar en primer lugar la excepción de indebida conformación del *litis* consorcio necesario propuesta por los demandados. Para, en el evento de que ella no prospere, determinar si era o no procedente la declaratoria de nulidad de la resolución demandada; luego, si se considera ajustada a derecho la nulidad decretada se estudiará si era viable decretar la nulidad de las matrículas inmobiliarias abiertas con posterioridad, en la forma pedida en la demanda y reiterada en el recurso de apelación de la parte actora, y se resolverá lo relativo a la condena en costas frente al Banco Ganadero y al adjudicatario.

CONSIDERACIONES:

I.– LA EXCEPCION DE INDEBIDA CONFORMACION DEL *LITIS* CONSORCIO NECESARIO.

Partiendo del contenido del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo, que ordena la citación de quienes tengan interés directo en el resultado del proceso, y considerando que en el evento de declararse la nulidad del acto de adjudicación los causahabientes a título particular del adjudicatario resultarían afectados, podría pensarse aquí en la existencia de un caso de *litis* consorcio necesario, que obliga la vinculación al proceso de dichos causahabientes.

Dicha apreciación, sin embargo, es errónea por las siguientes razones:

1.– No puede confundirse el *litis* consorcio necesario, con la oponibilidad de la sentencia.

El litis consorcio necesario se requiere para decidir de fondo el proceso, e implica que, si no están vinculadas al mismo todas las personas que lo conforman, el juez no puede pronunciarse sin violar el derecho de defensa de quienes son parte de la relación jurídica sobre la cual va a tomarse la decisión. Tan cierto es esto que cuando se da tal situación, antes del fallo deberá integrarse el contradictorio.

La oponibilidad de la sentencia tiene que ver con el efecto que ella produce una vez se profiera. En unos casos, por la naturaleza propia de la acción, dichos efectos serán *erga-omnes:* piénsese en el proceso de pertenencia, o en los procesos de impugnación de actos administrativos, en los cuales la declaratoria de nulidad (en todos los eventos, arts. 84 y 85 del C.C.A.) producirá iguales efectos: en los otros, será simplemente inter-partes y, en este segundo grupo, se encuentran algunos casos en que será el propio demandante quien decidirá frente a quién desea hacer valer su pretensión, vbgr., en el evento de la petición de herencia, en el cual la sentencia tendrá efectos sólo contra los herederos que fueron citados al proceso, o en el caso de la acción de restablecimiento de derecho, sólo en cuanto al efecto restablecedor que será inter-partes.

La diferencia de este último grupo, con los casos de *litis* consorcio necesario, estriba en que en estas hipótesis el demandante no tiene la opción de vincular o no al proceso a determinadas personas para hacer valer contra ellas la sentencia, sino que la vinculación de todos los que lo conforman es indispensable o forzosa para proferirla. Si no lo hace, el juez llenará el vacío integrando el contradictorio (art. 83 del C. de P. C.).

Cuando se trata de oponibilidad y no de *litis* consorcio necesario, puede dictarse sentencia de fondo, la que normalmente no tendrá efectos inmediatos frente al actual titular del derecho que no fue vinculado al proceso. En el caso del *litis* consorcio necesario no integrado, simplemente no podrá ni siquiera proferirse sentencia de fondo.

Volviendo al caso *sub-júdice,* y sin entrar en este punto a definir cuáles son los eventuales efectos de una sentencia que acoja las pretensiones de la demanda, para no caer en el campo de la oponibilidad, debe empezarse por señalar que, en eventos como el aquí estudiado, para que pueda proferirse sentencia de fondo, es indispensable la presencia en el proceso del INCORA que fue la entidad que profirió la resolución y del ADJUDICATARIO o particular beneficiario del acto administrativo cuya validez se controvierte.

Son ellos dos, la entidad y el adjudicatario, los sujetos de la relación sustancial que el demandante pretende anular, y por tanto conforman el *litis* consorcio necesario por

pasiva. Con su presencia procesal el juez puede decidir en el proceso la suerte de dicha relación jurídica.

La citación de los causahabientes a título particular del adjudicatario, es algo que depende de la consideración que se haga acerca de los efectos de la sentencia, que como se dijo antes, constituye un aspecto posterior al de su pronunciamiento.

2.– Afirmar que aquí se presenta un *litis* consorcio necesario, implicaría concluir que si uno de los causahabientes del adjudicatario en el curso del proceso transfiere nuevamente su derecho, tendría que vincularse también para poder proferir sentencia de fondo. Podría acudirse a la medida cautelar de inscripción de la demanda, pero ella es potestativa de la parte actora y obedece a otros fines.

En una acción civil donde esta medida se admita, por ejemplo una acción de simulación, la demanda se inscribe con el objeto de que si el contratante demandado vende el inmueble la sentencia tendrá efectos contra el comprador, pero la presencia procesal de éste último no será necesaria pues él nada tiene que ver en el contrato cuya simulación se demandó.

3.– Aquí se pregunta la Sala: ¿Para qué se exige la presencia procesal de los causahabientes a título particular del adjudicatario? ¿Cuáles son los medios de defensa que dichos causahabientes pueden esgrimir frente a la petición de nulidad de un acto del cual no son parte?

Los causahabientes a título particular del adjudicatario derivaron sus derechos en el predio de un contrato realizado con aquél, y dicho contrato en forma alguna es objeto de debate en este proceso; de dichos contratos ellos deducirían las acciones contra su tradente en el evento de que la nulidad del acto afecte sus derechos.

Si se aceptara que su presencia es necesaria para decidir de fondo el proceso, y se decretara la nulidad de la resolución, su situación sería similar a la que tendrían si no hubiesen sido citados, en la medida en que tendrían expeditas las acciones derivadas de sus títulos de adquisición contra su tradente.

4.– De otra parte, hay razones de orden legal que también coadyuvan esta posición:

A.– El artículo 83 del Código de Procedimiento Civil señala que el *litis* consorcio necesario se presenta,, *"cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos".*

De dicha norma se deduce que el *litis* consorcio necesario solamente puede presentarse con las personas que son sujetos de la relación o que intervinieron en el acto que se demanda. Se trata de una identificación entre quienes son parte en la relación

sustancial y deben serlo en la procesal, bien sea por la naturaleza de dicha relación, o por disposición de la ley. La mencionada norma en forma alguna hace referencia a quienes, respecto de la relación sustancial, tienen la condición de terceros.

5.– En este orden de ideas debe agregarse, por último, que el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, dispone que *"la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga-omnes"*, lo que constituye un argumento legal más para afirmar que no se requiere en este tipo de procesos de la citación de los causahabientes a título particular del adjudicatario de la resolución cuya nulidad se demanda, pues en el evento de que la pretensión prospere la nulidad declarada tendrá efectos frente a ellos, independientemente de que concurran o no al proceso.

En autos del 5 de octubre de 1989 y del 23 de marzo de 1990, en el expediente No. 5471, Actor: Jaime Pumarejo, dijo la Sala:

"Pero cabe una precisión. Dada la índole del acto de adjudicación, su sola nulidad, cualquiera sea la acción elegida y cualquiera sea el demandante (la persona interesada o un tercero) forzosamente restablece el derecho de su titular, haya o no intervenido en la controversia".

"... Ahora bien. La sola nulidad de un acto de adjudicación de un bien baldío restablece la situación jurídica del titular del derecho afectado, con prescindencia de quien haya instaurado la acción".

"Así, si se anulan las resoluciones demandadas expedidas por el Incora, por medio de las cuales se adjudicó como baldío el predio La Isla a los señores Francisco Luis Andrade Tobías y otros automáticamente el titular del derecho de dominio de ese bien (cualquiera que sea) recuperará su estatus jurídico".

"Reitera la Sala la idea de que la nulidad de una adjudicación, pedida por cualquier persona, restablece el derecho del propietario afectado con dicho acto, porque esa nulidad, con la obligada y consecuencial cancelación del registro del acto de adjudicación, vuelve las cosas al estado anterior; es decir, a ese propietario se le revive en la oficina de Registro correspondiente la inscripción de su dominio".

"Este es el sentido restablecedor que se recalcó tanto en este proveído como en el recurrido".

"En parte alguna se ha dicho que ese efecto restablecedor definirá un conflicto de dominio y dejará sin efectos contratos celebrados con posterioridad al acto de adjudicación. Entre otras razones porque aquí solo se estudia la admisión de la demanda. Decir otra cosa, por ejemplo, cuál sería el restablecimiento

concreto de prosperar la nulidad, implicaría un torpe prejuzgamiento. En la sentencia, como es lógico, en el evento de su prosperidad se definirá cuál es su real alcance o efecto".

Nótese que en esta sentencia se plantea la posibilidad de que se demande una adjudicación, sin la presencia del sedicente propietario que obviamente va a ser el directamente interesado en el resultado del proceso.

Por las razones anteriores, concluye la Sala que la excepción interpuesta no podía tener prosperidad en este proceso.

II. LA NULIDAD DE LA RESOLUCION OBJETO DEL PROCESO:

El fundamento con base en el cual se solicita en la demanda la declaratoria de nulidad de la resolución de adjudicación proferida por el INCORA, consiste en señalar que el predio objeto de la misma no es baldío como en ella se afirma, sino que pertenece a la propiedad de los demandantes.

Como normas violadas cita la parte actora el artículo 3 de la ley 135 de 1961, que otorga competencia al INCORA para adjudicar bienes baldíos, estimando que dicha competencia no puede extenderse a los de propiedad privada, y el artículo 11 del código fiscal nacional que determina el destino de los bienes baldíos que en su adjudicación en los términos que señale la ley, siendo dicho destino propio sólo de este tipo de bienes y no de aquéllos que se encuentren bajo la propiedad de los particulares.

Se afirma en la demanda que el predio denominado EL TRIANGULO, adjudicado a ALVARO DE JESUS CASTRO CASTRO mediante la resolución impugnada, forma parte de otro de mayor extensión denominado LA NUEVA ALEGRIA, de propiedad de los demandantes.

Este hecho, que fue negado por el adjudicatario al contestar la demanda, debía ser acreditado por los demandantes, quienes tenían entonces la carga de demostrar, de una parte, que el inmueble denominado LA NUEVA ALEGRIA era de su propiedad y, de otra parte, que el predio EL TRIANGULO, adjudicado en la resolución demandada, formaba parte de aquél.

La propiedad del predio LA NUEVA ALEGRIA:

La propiedad del predio debía acreditarse en los términos indicados en la ley 200 de 1936, cuya vigencia en este punto fue ratificada por el artículo 32 del decreto 2275 de 1988, reglamentario de la ley 30 de 1988. Esta norma debe interpretarse en el sentido de que corresponde a quien alegue propiedad, acreditar la tradición del inmueble durante el término de veinte años, con anterioridad al momento en que formula la oposición a la adjudicación del predio sobre el cual el artículo 2 de la ley 200 de 1936 establece la presunción legal de ser baldío por estar inexplotado.

La ley 200 de 1936 al exigir a quien alega propiedad, demostrar su titulación durante el término correspondiente a la prescripción extraordinaria, debe entenderse en el sentido de que ésta debe superar el término máximo consagrado por la ley para que los derechos del propietario se extingan y correlativamente un poseedor pueda adquirirlos. De este modo quien alega propiedad debe estar amparado de una titulación que pueda oponerse a cualquier posesión que pueda tener dichos efectos jurídicos.

Interpretar de otro modo la norma sería exigir al propietario una titulación que abarcara los veinte (20) años anteriores a la vigencia de la ley 200 de 1936, lo que no tiene ningún sentido ni finalidad jurídica y además vendría a significar que por cada año de vigencia de dicha disposición debía entenderse aumentado en un año más la exigencia de titulación para quien alegue propiedad.

De otra parte, considera oportuno la Sala señalar aquí que la presunción de derecho contenida en el artículo segundo de la resolución demandada se fundamenta en una norma legal que no tiene vigencia actual frente a la ratificación de la ley 200 de 1936, contenida, como ya se dijo, en el decreto 2276 de 1988, reglamentario de la ley 30 del mismo año. Si se permite al opositor demostrar propiedad en los términos de dicha ley, no puede al mismo tiempo oponérsele la presunción de derecho del artículo sexto de la ley 97 de 1946.

Las resoluciones de adjudicación, como todos los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad que puede ser controvertida dentro del término de dos años establecido para la caducidad de las acciones en su contra (art. 136 del C.C.A.); y en el punto de la prueba de la propiedad frente a la condición de baldío que en ella se expresa, la presunción vigente, por disposición de la ley, es una presunción *juris-tantum* y puede ser desvirtuada en los términos anteriormente expuestos.

En el *sub-júdice,* la propiedad del predio LA NUEVA ALEGRIA, fue demostrada de la siguiente manera:

El predio LA NUEVA ALEGRIA, fue adquirido por los demandantes, FERNANDO MATIZ ESPINOZA y MARGOTH GUTIERREZ DE MATIZ, por compra que de él hicieron a la sociedad GARRIDO Y SIERRA LTDA., mediante la escritura pública No. 568, otorgada el 12 de agosto de 1965 en la Notaría Unica de Valledupar, cuya copia debidamente registrada fue allegada con la demanda (f. 20 y ss.).

Los mismos demandantes FERNANDO MATIZ ESPINOZA y MARGOTH GUTIERREZ DE MATIZ, tramitaron un proceso ordinario de pertenencia sobre el citado predio LA NUEVA ALEGRIA, el cual culminó con sentencia proferida a su favor el día 23 de noviembre de 1971, la cual fue inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, bajo la matrícula No. 190-0005-297, y protocolizada en la escritura No. 1.480 del 4 de noviembre de 1981 (f. 46 y ss.).

El predio LA NUEVA ALEGRIA, de acuerdo con los títulos allegados por el demandante, formaba parte de un predio de mayor extensión denominado PALMA DE SORIANO o LA ALEGRIA, que fue aportado por LUIS A. SIERRA, MANUEL LUIS SIERRA G. y HAROLD GARRIDO, a la sociedad GARRIDO y SIERRA LTDA., mediante la escritura pública No. 483 del 16 de octubre de 1958, otorgada en la Notaría Unica de Valledupar e inscrita en la matrícula inmobiliaria No. 190-0010441 y fue adquirido por los mismos LUIS A. SIERRA, MANUEL LUIS SIERRA G. y HAROLD GARRIDO, por compra que de él hicieron a PEDRO VENANCIO MANJARREZ, mediante la escritura pública No. 129 del 30 de marzo de 1957, otorgada en la Notaría Unica de Valledupar (F. 35 y ss.).

Toda vez que el primero de los títulos de propiedad allegados con la demanda, abarca un lapso superior a los veinte años contados desde la presentación de la demanda, la exigencia probatoria de la ley 200 de 1936, se halla satisfecha en el presente proceso.

La prueba de que el predio adjudicado forma parte del predio de propiedad de los demandantes:

Considera la Sala que con las pruebas practicadas en el curso del proceso no se acreditó que el predio adjudicado, denominado EL TRIANGULO, formara parte de LA NUEVA ALEGRIA, de propiedad de los demandantes.

En la inspección judicial el Tribunal inexplicablemente no verificó este hecho, dejando que fueran los peritos los que dictaminaran sobre el mismo.

El dictamen pericial obrante al folio 197 del expediente no demuestra que el predio EL TRIANGULO, adjudicado mediante la resolución demandada, forme parte del predio LA NUEVA ALEGRIA, de propiedad de los demandantes.

Los peritos se limitan a afirmar:

"El predio denominado EL TRIANGULO Nos. 1 y 2 formó parte integral del predio LA NUEVA ALEGRIA, por cuanto los puntos 5-6-7-8 y 9 que determinan el Triángulo Nos. 1 y 2, también corresponden a la Nueva Alegría" (F. 197).

Allegaron con su experticio dos (2) planos del predio (F. 210 y 211) afirmándose en el mismo que allegaban un plano que se encontraba protocolizado con la escritura pública No. 568 del 12 de agosto de 1965, por la cual los demandantes adquirieron el predio denominado LA NUEVA ALEGRIA.

Si se observan los puntos 5, 6, 7 y 9, marcados en el plano para identificar el predio EL TRIANGULO, y se leen los linderos del predio LA NUEVA ALEGRIA, se llega a una conclusión totalmente contraria de la indicada por los peritos, pues los puntos demarcados quedan en los terrenos del Balneario Hurtado, con el cual colinda el predio

LA NUEVA ALEGRIA, de conformidad con la mencionada escritura, en su lindero norte.

De otra parte, la ubicación en el plano del sito donde, según los peritos, se encuentra ubicado el predio EL TRIANGULO, es absolutamente arbitraria en la forma en que aparece rendido el dictamen, pues el mismo no permite saber cuáles son los fundamentos para ubicar el predio EL TRIANGULO en el lugar escogido por los expertos.

El plano en el cual los peritos ubican el predio, es un plano realizado en el mes de mayo de 1965 y protocolizado con la escritura 568 del 12 de agosto del mismo año. El mencionado plano hace referencia a la hacienda LA ALEGRIA, con una extensión de 97 has. - 6.972 m^2, y el predio que adquirieron los demandantes se denomina LA NUEVA ALEGRIA y tiene un área de 57 Has. - 6.178 m^2. De lo anterior deduce la Sala que el plano no hace referencia al predio denominado LA NUEVA ALEGRIA, cuya propiedad alegan los demandantes.

Además de lo anterior, los demandantes tramitaron un proceso de pertenencia sobre el inmueble LA NUEVA ALEGRIA y obtuvieron sentencia favorable, en la cual se actualizaron los linderos de su inmueble, y se indicó que el mismo tenía una extensión de 60 hectáreas. Posteriormente, el 23 de octubre de 1985 otorgaron la escritura pública No. 2.492 de la Notaría Primera de Valledupar en la cual actualizaron el área de su predio indicando que es de 52 Has. - 1.178 m^2, protocolizando con la misma un plano de su predio.

De otra parte, al folio 9 del expediente aparece el plano del inmueble EL TRIANGULO adjudicado mediante la resolución demandada, y elaborado por el Incora en el mes de diciembre de 1989.

Existiendo planos del predio de mayor extensión, elaborados en el año de 1985, y planos del predio EL TRIANGULO del año de 1989, los peritos ni siquiera los tuvieron en cuenta sino que rindieron su experticio sobre un plano del año de 1965, que se refiere a un predio de mayor extensión denominado LA ALEGRIA y no al predio LA NUEVA ALEGRIA, sobre el cual alegan propiedad los demandantes.

El dictamen pericial así rendido, no demuestra que el predio EL TRIANGULO forma parte del predio LA NUEVA ALEGRIA, de propiedad de los demandantes.

Dicho dictamen no cumple con los requisitos indicados en el artículo 237 del código de procedimiento civil, que ordena a los peritos examinar directamente los bienes objeto del dictamen y realizar personalmente las investigaciones que consideren necesarias. No es claro, preciso y detallado, ni tampoco indica los fundamentos técnicos en los cuales se basan sus conclusiones.

Las pruebas pedidas por la parte actora eran las conducentes para determinar que el predio adjudicado formaba parte del predio de su propiedad. Mediante la inspec-

ción judicial debió lograrse el alinderamiento del predio adjudicado y el del predio de propiedad de los demandantes, al menos en el sitio en el cual se encontraba el primero; debieron examinarse en el terreno los planos obrantes al expediente y una vez ubicados en el predio EL TRIANGULO, que tiene sólo algo más de una hectárea, determinar en el mismo sitio los linderos del de mayor extensión, con la ayuda de los planos que al expediente habían sido allegados con la demanda.

Nada de esto se realizó. Al practicar la prueba, el Tribunal se limitó a constatar que no tenía medios para identificar el inmueble, lo que no entiende la Sala pues se trata, de acuerdo con el plano obrante al folio 11, de un predio ubicado a la orilla de la carretera y con un área de sólo una hectárea. Procedió el Tribunal a trasladar la tarea a los peritos, quienes manifestaron requerir de un plazo adicional para hacer un levantamiento topográfico y unos documentos técnicos que les permitieran rendir su dictamen, nada de lo cual se hizo, pues el dictamen fue rendido sobre un plano elaborado en el año de 1965 que ni siquiera corresponde, como ya se dijo anteriormente, al predio LA NUEVA ALEGRIA, sino al predio de mayor extensión del cual este fue segregado.

El hecho de que el dictamen pericial no hubiese sido objetado por las partes no implica que el juzgador deba aceptar sus conclusiones, cuando ellas no tienen un sustento técnico que permita otorgarles credibilidad. El dictamen así rendido, sobre el cual tampoco la parte demandante pidió aclaración, no prueba los hechos que dicha parte pretendió con él acreditar.

No estando entonces demostrado que el predio adjudicado forma parte del predio de propiedad de los demandantes, no puede llegarse a la conclusión de que el mismo es de propiedad particular, que fue el fundamento en que la parte actora sustentó su petición de nulidad de la resolución demandada.

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 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, el dieciocho de noviembre de 1992. En su lugar, deniéganse las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES DE LA CORPORACION.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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 LA POLICIA NACIONAL/CAI/CAPTURA Y CUSTODIA DE PERSONAS/DETENIDO–Desaparición/**HOMICIDIO/ CADAVER**–Desaparición

Conmueve a la Sala el universo que tiene el INFORME EVALUATIVO rendido por los investigadores especiales de la Procuraduría General de la Nación, que en lo sustancial transcribe el *a-quo* en el fallo consultado, de cuya lectura se desprende que las unidades del C.A.D., que manejaron la información, hicieron más esfuerzos para "... ENCUBRIR LA MUERTE DE ESTE CIUDADANO..." que por esclarecer el crimen. Para lograr el primer objetivo no se enrutó idóneamente el mensaje que se refería a la captura del mismo y se dieron respuestas "... evasivas, y en ocasiones contradictorias..." de los servidores de la Policía. El auto inhibitorio, dictado dentro de los procesos disciplinarios, deja sabor amargo, y es un homenaje a la impunidad. Por ello en el citado informe evaluativo se censura el comportamiento del General dentro del siguiente temperamento: "Con relación a este oficial es menester aclarar que no se evidencia participación del mismo en la muerte del señor MORENO. Sin embargo, en su papel de Juez de primera instancia de los procesos disciplinarios de la policía, como el que se adelantó por la muerte de ALVARO MORENO MORENO, en el cual precisamente, desconociendo el contenido del informe semanal dirigido a su propia oficina del Brigadier General director de la Policía Metropolitana de Bogotá, dictó un auto inhibitorio por no existir méritos para investigar la muerte de ALVARO MORENO MORENO. Al ser preguntado sobre ese hecho el General manifestó que la instrucción la había hecho el Coronel, quien también proyectó el auto en cuestión. Pero el responsable del contenido del auto es el General, pues es él la persona que lo firma y no puede escudarse en el inferior que no toma decisiones. A todas luces no consultar un documento que los suscritos funcionarios pudieron

encontrar en la propia Oficina del General, resulta por lo menos extraño, y es un hecho indicador de que debe aclararse la situación disciplinaria del entonces Director de la Policía Metropolitana de Bogotá, a punto de establecer las razones que realmente explican tamaño descuido". La aparición del cadáver en la represa del Sisga y su posterior desaparecimiento del cementerio, con el fin de hacer imposible la práctica de la necropsia, es indicio grave en contra de la administración.

FUERZA PUBLICA/DERECHOS HUMANOS/LA MENTIRA/DELINCUENTE–Víctima/**POLICIA NACIONAL**–Educación

Al trato inhumano que algunos miembros de la fuerza pública le suelen dar a las personas que caen en sus manos, se agrega un vicio reprochable que es el que se orienta a rendirle culto a LA MENTIRA. El delincuente no resulta ser el agresor, sino la víctima, a la cual se le presenta, en sociedad, *post-morten,* como el peor delincuente, atentando así contra el patrimonio espiritual que el finado le ha dejado a su familia, a su esposa, a sus hijos. De la MENTIRA ha dicho el escritor JEAN FRANCOIS REVEL, que es la primera de todas las fuerzas que dirigen el mundo. Por ello se impone una tarea educativa que forme a los integrantes de la policía nacional en el culto a la verdad, pues sólo así será posible predicar que sus miembros PIENSAN BIEN Y ACTUAN BIEN.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 9209. Actor: Guillermo Moreno Cruz y Otros. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

– I –

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el GRADO DE CONSULTA de la sentencia calendada el día veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva DISPUSO:

"PRIMERO: Declárase a la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional–, administrativa y extracontractualmente responsable por la muerte de ALVARO MORENO MORENO, ocurrida el 4 de enero de 1991.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior condénase a la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional– a pagar, a GUILLERMO MORENO CRUZ y MARIA PIA MORENO DE MORENO, el valor equivalente a un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno de ellos; y a GUSTAVO ANTONIO MORENO MORENO, LUIS ALFONSO MORENO MORENO, GUILLERMO ORLANDO MORENO MORENO, DORA ALICIA MORENO MORENO, HUGO ALBERTO MORENO MORENO, HECTOR JULIO MORENO MORENO, EDGAR EMILIO MORENO MORENO, JORGE ELIECER MORENO MORENO y MARIA PATRICIA MORENO MORENO, el valor equivalente a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de ellos, como indemnización por perjuicios morales subjetivos.

"El precio del oro se determinará conforme a certificación que para el efecto expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"TERCERO: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

"CUARTO: Declárase no probada la objeción que al dictamen pericial practicado en el proceso formuló la parte demandada.

"QUINTO: Para el cumplimiento del fallo se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"Sin costas. (fl. 284-286, C. 1).

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

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

"1.1. Declárase responsable a la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional–, de la totalidad de perjuicios morales subjetivos y daños materiales (patrimoniales), que han venido padeciendo mis mandantes en este proceso, a consecuencia de la muerte violenta del señor ALVARO MORENO MORENO, hijo y hermano de mis poderdantes, ocurrida por causa de heridas con arma de fuego, pistola 9 mm, posterior a procedimiento policial realizado en la noche del día 3 de enero de 1991 al sur-oriente de Santafé de Bogotá, cuando se encontraba a disposición de la SIJIN.

"1.2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional–, a pagarle a los demandantes por concepto de daños morales subjetivos, lo siguiente:

"a) A los padres del occiso, señor GUILLERMO MORENO CRUZ, la señora MARIA PIA DE MORENO, el valor que se pruebe en el proceso de un mil gramos (1.000 gms) oro puro, para cada uno de ellos por separado y en su totalidad.

"b) A todos y cada uno de los hermanos del occiso GUSTAVO ANTONIO, LUIS ALFONSO, GUILLERMO ORLANDO, DORA, HUGO ALBERTO, HECTOR JULIO, EDGAR EMILIO, JORGE ELIECER Y MARIA PATRICIA MORENO MORENO, el valor que se prueba en el proceso de quinientos gramos (500 gms) oro puro o sea un total de cuatro mil quinientos gramos (4.500 gms) oro puro por partes iguales.

"1.3. Declárase responsable a la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional–, de los perjuicios materiales que se demuestran en el proceso, padecidos por los padres del occiso señor GUILLERMO MORENO CRUZ y la señora MARIA PIA DE MORENO, con quienes compartía techo, en la cuantía que resulta de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustadas en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagará los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde el día 3 de enero de 1991, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia y el pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables.

"El pago del equivalente del gramo oro al tiempo de la sentencia se hará con base en el certificado de su valor expedido por el Banco de la República" (folios 12 y 13 del C.P.).

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

"2.1. El señor GUILLERMO MORENO CRUZ y MARIA PIA MORENO RODRIGUEZ contrajeron matrimonio por el rito católico el 19 de abril de 1950 en Pasca, Boyacá, unión de la cual nacieron GUSTAVO ANTONIO, LUIS ALFONSO, GUILLERMO ORLANDO, DORA ALICIA, HUGO ALBERTO, HECTOR JULIO, EDGAR EMILIO, JORGE ELIECER, MARIA PATRICIA y ALVARO, todos ellos de apellido MORENO MORENO.

"2.2. El señor ALVARO MORENO MORENO, nació el día 3 de junio de 1962 en la ciudad de Bogotá, departamento de Cundinamarca, estudió en la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, facultad de Ingeniería, terminó materias en el primer período académico de 1990, encontrándose en la elaboración de su tesis de grado al momento de su muerte, por lo cual la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, le concedió el día 8 de marzo de 1991, el título póstumo de Ingeniero Industrial.

"2.3. El señor ALVARO MORENO MORENO, residía con sus padres GUILLERMO MORENO CRUZ y MARIA PIA DE MORENO y sus hermanos

GUILLERMO ORLANDO, JOSE ELIECER Y MARIA PATRICIA MORENO MORENO, en la transversal 76B No. 40C-28Ssur, barrio Kennedy de esta ciudad.

"2.4. El señor ALVARO MORENO MORENO, dependía económicamente de su padre GUILLERMO MORENO CRUZ, y sus hermanos le ayudaban económicamente para los estudios y demás gastos personales.

"2.5. Según información suministrada verbalmente al padre de la víctima GUILLERMO MORENO CRUZ, el día 4 de enero de 1991 en la división Bogotá de la Policía Metropolitana, Caracas con sexta, piso 6o., por el MY. SANCHEZ LOZANO JOSE GREGORIO, ALVARO MORENO MORENO fue detenido por los hechos del sur-oriente de Bogotá en la noche del 3 de enero de 1991 en posesión, al parecer, de algunos elementos, estopines eléctricos, que lo comprometían gravemente.

"2.6. El día 4 de enero de 1991, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, Unidad de Indagación Preliminar del Circuito de Zipaquirá, en asocio del Inspector de Policía de Tocancipá, practicaron diligencia de levantamiento del cadáver de N.N. hombre, según Acta No. 023, en vía pública sitio Llano de la Diana, vereda Verganzo del municipio de Briceño, a 50 metros de la terminación del Parque Jaime Duque.

"2.7. Mediante oficio No. 002 de enero 4 de 1991, el Inspector de Policía de Tocancipá solicitó al médico legista del Puesto de Salud la práctica de la necropsia. Mediante oficio No. 003 de enero 5 de 1991, solicitó al Comando de la Policía el traslado del cadáver a la morgue del Hospital Divino Salvador de Sopó.

"2.8. Según oficio 001 de enero 5 de 1991, suscrito por el Comandante de la Estación de Policía de Tocancipá, Décimo Primer Distrito de Policía, el cadáver desapareció del cementerio de la localidad.

"2.9. De conformidad con la necrodactiloscopia practicada, dicho cadáver pertenecía a ALVARO MORENO MORENO, c.c. 79.276.292 de Bogotá, hijo de Guillermo y María Pía, nacido en Bogotá el 3 de junio de 1962.

"2.10. La Unidad de Indagación Preliminar del Cuerpo Técnico de Policía Judicial del Circuito de Chocontá, practicó el levantamiento del cadáver de N.N. hombre, de 20 a 25 años de edad, según acta No. 007 de enero 14 de 1991, el que fue hallado en la Represa del Sisga en estado de putrefacción.

"2.11. Los médicos legistas HERNANDO CHARRY y JAVIER VILLEGAS, del Hospital Distrital San Martín de Porres (sic) practicaron diligencia de necropsia, según protocolo del 14 de enero de 1991.

"2.12. El día 20 de febrero de 1991, atendiendo Despacho Comisorio No. 003 del Juzgado 71 de Instrucción Criminal de Juzgado 40 de Instrucción Criminal de Chocontá, practicó diligencia de exhumación del cadáver de N.N. hombre, el cual fue reconocido por su hermano GUILLERMO ORLANDO MORENO MORENO como perteneciente a ALVARO MORENO MORENO.

"2.13. Atendiendo petición de los familiares el Juzgado 40 de Instrucción Criminal de Chocontá ofició a la Notaría del Círculo de Chocontá a fin de cancelar el registro civil de defunción de N.N. HOMBRE según acta No. 007 de enero 14 de 1991 y en su lugar inscribir el registro de defunción de ALVARO MORENO MORENO.

"2.14. El día 15 de febrero de 1991, la Registraduría Municipal del Estado Civil de Tocancipá, inscribió la defunción de ALVARO MORENO MORENO al folio 472402 con c.c. 79.176.292 de Bogotá, fecha de la muerte 4 de enero de 1991 según consta en certificado de Defunción que aparece al folio 184 de la investigación penal.

"2.15. Según oficio 006365/C6 FM/EMCD2-IIM-263, de fecha 01-02-91 suscrito por el Comandante del Departamento D-2 del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares, el señor ALVARO MORENO MORENO no registra antecedentes subversivos en los archivos de inteligencia de las Fuerzas Militares de Colombia.

"2.16. El día 24 de junio de 1991, en diligencia de Inspección Judicial practicada por el Juzgado 27 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá al CAI de Los Libertadores se logró establecer "En el libro de minuta de Guardia correspondiente al día 03 de enero de 1991, visto a folios 157, 158, 159 y 160 se observa que la mitad del folio (157 y 158) fue mutilado y por comentarios de los presentes se supo que al momento de la explosión el agente muerto ISMAEL ALARCON POLO se encontraba haciendo una anotación y no se sabe qué se hizo la citada mitad...".

"2.17. Según declaración rendida por el AG. HENAO PERDOMO HELIBERTO, el 28 de enero de 1991 ante el Juez 27 de Instrucción Criminal Ambulante y por el AG. CARVAJAL TORRES JORGE IVAN, el dia 29 de enero de 1991 ante la misma autoridad, el AG. ALARCON POLO se encontraba de centinela y cuando salieron constataron que había quedado herido.

"Por su parte el SG. JUAN CARLOS VEGA NIÑO, el día 20 de noviembre de 1991, ante la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, afirma que el libro de población del CAI Los Libertadores fue escrito por el subcomandante del mismo SG. MENDIVELSO, lo que dijo lo tomó de ese libro y lo informó telefónicamente al C.A.D. el día 25 de noviembre de

1991, el juez 27 de Instrucción Ambulante le recibe declaración y ordena su vinculación en la misma fecha al proceso por los cargos que aparecen en el informe semanal.

"2.18. El día 25 de junio de 1991 el Juez 27 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá practicó diligencia de Inspección Judicial a la Oficina del Departamento de Sistemas de la Policía Metropolitana de esta ciudad y buscando en el archivo se encontró en once (11) folios con fecha enero 7 de 1991, el Boletín o Resumen semanal, dirigido al señor Brigadier, Comandante General de la Policía Metropolitana Bogotá y suscrito por el Capitán OSCAR EFREN PEÑA ALARCON, oficial de servicio de C-100 C.A.D. (CENTRO AUTOMATICO DE DESPACHO), el cual se encuentra en copia al carbón en hojas tamaño carta, ya que el original se encuentra donde el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, documento encontrado en los archivos existentes en el sexto piso de la Policía Metropolitana ubicado en el Edificio de la Avenida Sexta con la Avenida Caracas. Como primera anotación en el citado informe aparece relacionado con la muerte del agente ALARCON POLO ISMAEL, como segunda anotación, aparece sindicado ALVARO MORENO MORENO c.c. 79.276.292 de Bogotá, a quien le fue decomisado dos estopines y 5 cartuchos calibre 38 largo. LUIS JORGE GOMEZ ZAMBRANO... los cuales quedaron a órdenes de la SIJIN.

"2.19. El día 19 de septiembre de 1991, el Juzgado 27 de Inscriminal Ambulante de Bogotá, le recibe declaración al oficial OMAR EFREN PEÑA ALARCON, en el que afirma que en la Estación 100 semanalmente se hace un resumen de los casos más importantes que hayan sucedido durante la semana con base en las relaciones diariamente que van en el informe diario y que la información allí consignada es verídica; al indagarle a disposición de quien quedarían los capturados contestó que si ahí dice que quedaron a órdenes de la SIJIN. La SIJIN queda o está ubicada en el mismo Comando de la Policía Metropolitana de Bogotá y que normalmente se deja a órdenes del Jefe de la SIJIN o de algún grupo especial.

"2.20. El oficio No. 0339 de fecha 15 de enero de 1992, suscrito por el Brigadier General GUILLERMO LEON DIETTES PEREZ, Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, dirigido al señor Juez 27 de Instrucción Criminal Ambulante, mediante el cual envía el reporte del incidente No. 45405 de 03-01-91, extractado de los archivos del computador de la Estación Cien C.A.D. y fotocopia del resumen semanal enviado al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, suscrito por el CT. OMAR EFREN PEÑA ALARCON en el cual se reseñan los casos más importantes durante el período, donde aparece relacionado el levantamiento del cadáver del AG. ALARCON POLO ISMAEL y como sindicado ALVARO MORENO MORENO. Igualmente se afirma que al revisar los archivos de dicho caso fue conocido por las siguientes tripula-

ciones: ST. VEGA NIÑO JUAN, indicativo A4DCL; ST. JAVIER PORTILLA, indicativo A3AC1; SG. ORTIZ SANDOVAL ORLANDO, placa 00340 de la SIJIN y AG. RIAÑO TORRES FIDEL, placa 09039 de la SIJIN.

"2.21. Según declaración rendida ante la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación por la TE. ADRIANA PATRICIA HERNANDEZ, Jefe de la Unidad de Estudios de Seguridad de la Contrainteligencia de la SIJIN, en la noche del 3 de enero de 1991 en el operativo realizado sí hubo capturados y se escuchó el nombre de ALVARO MORENO MORENO como una de las personas retenidas.

"2.22. En informe dirigido a la doctora OLGA LUCIA GAITAN, Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 27 de enero de 1992, suscrito por los funcionarios investigadores ORLANDO VEGA NIÑO y BEATRIZ RODRIGUEZ B., se afirma que existe plena prueba de la materialidad del homicidio del civil ALVARO MORENO MORENO; se encuentra plenamente establecido que ALVARO MORENO MORENO fue capturado por orden de la Policía Metropolitana de Bogotá y puesto a orden de la SIJIN, lo cual se deduce del oficio policial y de la información suministrada por el MAY. SANCHEZ LOZANO JOSE GREGORIO; se encuentra probado que hubo intento por parte de la Policía Metropolitana de Bogotá para evitar que se averiguara la verdad y, con relación a la individualización de la responsabilidad, existen indicios contra algunas personas: CR. FLOREZ, quien debió estar enterado; CT. MARIÑÖ, quien en su versión proporcionó datos que no corresponden a la verdad y SG. MORALES, quien no dice la verdad, niega estar en el sitio de los acontecimientos y no explicó por qué condujo un retenido, por lo que recomienda profundizar la investigación. Igualmente asevera que en diligencia de reconocimiento fotográfico practicado para establecer la persona que estuvo tocando fuertemente en la casa de los MORENO, se logró establecer que corresponde a JOSE ZAPATA GIRALDO, miembro de la SIJIN.

"2.23. Como consecuencia del operativo policial y de seguridad realizado por miembros de la Policía Nacional y de la SIJIN se produjo la captura de ALVARO MORENO MORENO. Se encuentra plenamente probado que estando ALVARO MORENO MORENO a disposición de esta última se produjo la muerte de éste. Como consecuencia de los impactos de arma de fuego que portaran los miembros de la SIJIN.

"Los anteriores hechos configuran una falla del servicio por excesos del personal de la SIJIN en desarrollo de sus funciones, siendo palpable la Relación de Causalidad existente entre el hecho propio del servicio (operativo policía, captura y puesto a disposición) y el daño causado (muerte de ALVARO MORENO MORENO).

"Demostrados entonces los elementos constitutivos de la Falla del servicio y por ende la Responsabilidad activa del Estado, sin que exista causal eximente de la misma, debe ser declarado Responsable.

"2.24. La investigación penal por los hechos relatados anteriormente la asumió por competencia el Juzgado 71 de Instrucción Criminal de Zipaquirá y luego le fue asignada, mediante oficio No. 275 de marzo 27 de 1991 de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, al Juzgado 27 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá, quien actualmente adelanta el proceso.

"2.25. El desarrollo de la investigación preliminar dentro del proceso, disciplinario contra agentes del Estado la adelanta la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, quien una vez concluya dicha fase, la enviará a la delegada para los Derechos Humanos para lo de su competencia" (fl. 13 a 17 del C.P.) (fl. 256-264, C. 1).....

.....

.....

"CONSIDERACIONES DE LA SALA

"1. Pretenden los actores en este proceso obtener la declaración de responsabilidad extracontractual de la Nación por la muerte de ALVARO MORENO MORENO y la consecuencial condena al pago de los perjuicios que se les ocasionaron en razón de tal hecho en su condición de padres y hermanos de la víctima.

"La demanda funda sus pretensiones en el régimen de responsabilidad de la administración conocido como "falla en la prestación del servicio, por lo cual se debe establecer si se presentan sus elementos estructurales que la doctrina y la jurisprudencia han identificado, así:

"a) Una falla en la prestación del servicio a que está obligada la administración por ausencia, retardo, ineficacia o irregularidad en la prestación del mismo;

"b) Un daño que lesione un bien jurídicamente tutelado; y,

"c) Un nexo causal entre la falla en la prestación del servicio y el daño.

"II.– Para demostrar la legitimación en la causa, los hechos en que se funda la demanda y los elementos anteriormente enunciados, se allegaron al proceso los siguientes medios de prueba:

"Fotocopia auténtica del certificado de registro civil de matrimonio de Guillermo Moreno Cruz y María Pía Moreno Rodríguez, expedido por el Notario Unico del Círculo de Pasca - Boyacá (folio 43).

"2) Fotocopias auténticas de certificados y actas de registro civil de nacimiento de Gustavo Antonio, Luis Alfonso, Guillermo Orlando, Dora Alicia, Hugo Alberto, Héctor Julio, Edgar Emilio, Jorge Eliécer, María Patricia y Alvaro Moreno Moreno. Todos ellos aparecen como hijos de Guillermo Moreno Cruz y María Pía Moreno (folio 44 a 54).

"3) Fotocopia auténtica del registro civil de defunción de Alvaro Moreno Moreno de la Notaría Unica del Círculo de Chocontá. Aparece como fecha de la muerte el 4 de enero de 1991. El registro se produjo con fundamento en oficio No. 428 del 21 de febrero de 1991, originario del Juzgado 40 de Instrucción Criminal de Chocontá y tiene constancia de que sustituye el folio con indicativo serial No. 352813 del 22 de enero de 1991 (folio 55).

"4) Certificado de ingresos y retenciones correspondientes al señor Guillermo Moreno Cruz por los años de 1988, 1989 y 1990. En ellos aparece Alvaro Moreno como persona a cargo de Moreno Cruz (folio 56 a 158).

"5) Certificados de calificaciones correspondientes a Alvaro Moreno Moreno, expedidos por la Fundación de Ingeniería Industrial (folio 59 a 62).

"6) Fotocopia del diploma otorgado por la citada entidad universitaria a Alvaro Moreno Moreno, confiriéndole el título de Ingeniero Industrial y que se expide el 8 de marzo de 1991 (post-mortem) y fotocopia del acta de grado respectiva (folio 63 y 64).

"7) Constancia de prestación de servicios funerarios a Alvaro Moreno Moreno expedida por Funerales Los Olivos, solicitada por Gustavo Moreno. Se encuentra firmada por Jimmy Sánchez Pinzón cuya firma aparece autenticada ante Notario. El valor de los servicios es de $227.778.oo pero no aparece constancia de que hubiera sido cancelado (folio 65).

"8) Constancia expedida por la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia en la cual constan las sumas pagadas por Alvaro Moreno Moreno por concepto de matrículas desde el segundo período de 1982 hasta el primer período de 1990 (folio 66).

"9) Fotocopias auténticas de los cargos formulados por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional a Consuelo Flórez Ramos –Cabo Primero de la Policía Nacional–, Hernán Adolfo Lindo Ortiz –Mayor de la Policía Nacional–, Germán Rodríguez Sotelo –Agente de la Policía Nacional– y Fabio Campo Silva –Brigadier General de la Policía Nacional– por manejo inapropiado de la información contenida en el mensaje No. 60662 relativo a la retención de Alvaro Moreno Moreno efectuada por unidades de la SIJIN el 3 de enero de 1991 dando lugar a que la información se borrara del computador, los tres primeros y por haber ordenado el archivo de la investigación disciplinaria, desconociendo el

informe del Capitán Omar Efrén Peña del 7 de enero de 1991 en donde consta que el señor Moreno había quedado a órdenes de la SIJIN, el último. Así mismo, fotocopias auténticas de los descargos presentados por cada uno de ellos (folio 234 a 237).

"10) Copia auténtica de la providencia proferida por el Fiscal 262 de la Unidad de Investigaciones Especiales de la Fiscalía General de la Nación, el 12 de abril de 1993, por la cual se resuelve la situación jurídica de varias personas vinculadas al proceso por el homicidio de Alvaro Moreno Moreno, en la cual se profiere medida de aseguramiento de Detención Preventiva, sin beneficio de excarcelación, contra Jacinto Mariño Romero, Capitán de la Policía Nacional, y Leonel Adolfo Morales, Sargento de la misma Institución, "... como responsables de los punibles de Homicidio e Irrespeto de Cadáveres" (folio 42 a 102 cuaderno 2).

"En dicha providencia se considera que "... de lo hasta ahora investigado es hecho incontrovertible que miembros de la Policía Nacional detuvieron antes de la media noche del tres de enero de 1991 al Sr. Alvaro Moreno Moreno, quien terminara último año de Ingeniería Industrial en la Universidad Autónoma, lo pusieron a disposición de la Sijin como consta en el resumen semanal de enero 7 siguiente (folio 292 y stes. cdno. 1), por los hechos terroristas ocurridos contra varios cais del sur-oriente de la ciudad, sin acusación formal de haber participado en los mismos y sin aparecer el informe escrito directo de su retención, por haber desaparecido de los archivos de la Institución los boletines diarios o soportes respectivos, mutilado folios de información (libro de población CAI Los Libertadores), haberse presentado irregularidades al rendir precisamente la información sobre la retención de Alvaro Moreno Moreno, por parte de la Sijin, en el centro de cómputo de la misma institución y más concretamente en el C.A.D...". Y que existen graves indicios en el sentido que fueron miembros de la Policía quienes causaron la muerte del señor Moreno.

"11) Al proceso se aportaron copias auténticas de los expedientes que contienen las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación en relación con la muerte del señor Alvaro Moreno Moreno (cuaderno 3 a 8). De ellos se destaca el informe evaluativo rendido por los investigadores especiales de la Procuraduría que llegan a conclusión similar a la de la Fiscalía que se transcribió el punto anterior. Dicen al respecto en una parte del informe:

"... de lo anterior se desprende que los implicados en la muerte del señor Moreno Moreno, necesariamente, hasta donde ha avanzado esta investigación, son las unidades de la SIJIN que por sus funciones generales y por lo que particularmente hicieron en el operativo de reacción, tuvieron la oportunidad y los motivos para capturar, interrogar y posteriormente dar muerte al ciudadano Moreno. No hay ninguna duda de que existen indicios fuertes que comprometen la responsa-

bilidad de algunos miembros de la Sijin en el homicidio de autos, como no hay duda de que existen indicios graves de desacato al régimen disciplinario de la Policía Nacional por parte de las unidades del C.A.P, que manejaron la información sobre ALVARO MORENO MORENO, en forma tal que colaboraron de algún modo a encubrir la muerte de este ciudadano al no enrutar idóneamente el mensaje que se refería a su captura, según se explicó con anterioridad, siendo ellos la Cabo Flórez y el Agente RODRIGUEZ SOTELO..." (folio 346 cuaderno 8).

"12) Dentro de los expedientes mencionados se recibieron múltiples declaraciones pero unas, las que se encuentran en el proceso penal, no son valorables por cuanto no fueron ratificadas en el plenario, y las que se hallan en la investigación adelantada por la Procuraduría aunque oponible a la administración, es poco lo que aportan para establecer los hechos ya que los testigos dicen desconocer lo relativo a la detención del señor ALVARO MORENO MORENO por parte de miembros de la Policía Nacional.

"Sin embargo, en ambos expedientes existen documentos que, por tener el carácter de públicos, pueden tenerse como prueba en este proceso, así:

"a) Fotocopia auténtica del libro de población del CAI de Los Libertadores en donde aparecen las anotaciones correspondientes al día 3 de enero de 1991, lugar donde se produjo el atentado terrorista que dio lugar a la detención de Alvaro Moreno Moreno. Se observa que aparecen anotaciones hasta las 17:30 y que los folios correspondientes a la hora en que ocurrieron los hechos (20:30 horas) fueron mutilados de suerte que desapareciera la información del caso (folio 53 y 54 cdno. 7).

"b) Fotocopia auténtica del resumen semanal enviado el 7 de enero de 1991, sobre los casos más importantes ocurridos en la semana anterior, por el Oficial de Servicio E-100 C.A.D. al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, donde se hace relación al atentado contra el CAI de Los Libertadores el 03-01-91 a las 19 horas, allí aparece la siguiente anotación. "Sindicados: **ALVARO MORENO MORENO c.c. 79.276.292** de Bogotá, a quien le fue decomisado dos estopines y 5 cartuchos calibre 33 largo. LUIS JORGE GOMEZ ZAMBRANO c.c. 91.209.431 de Bogotá, 33 años, reside en la TR. 12., 54-18 sur, **los cuales quedaron a órdenes de la SIJIN,** quienes en compañía de otros desconocidos los cuales emprendieron la huída, se acercaron a pie al Cai atacando a los agentes causando daños materiales al habitáculo y a la panel de siglas 106 la cual se encontraba prestando el tercer turno de vigilancia como AA13. Se desconoce la cuantía total. Móviles se investigan. Informó ST. VEGA NIÑO como VL-20. Incidente 45104" (folios 232 y 233 cdno. 7).

"c) Fotocopia auténtica del acta de levantamiento de cadáver efectuada el 14 de enero de 1991 a las 10:20 a.m., por el Inspector de Policía de Tocancipá, en la

Vereda Verganzo Llanos de la Diana en el municipio de Tocancipá. Allí consta que se tomó necrodactilia. Se dispuso el traslado del cadáver a la Morgue del Cementerio de Gachancipá (folio 93 a 95 cdno. 6).

"d) Fotocopia auténtica del oficio No. 003 del 5 de enero de 1991, dirigido por el Inspector de Policía al Comandante de la Estación de Policía de Tocancipá, donde se solicita colaboración para trasladar el cadáver de N.N. al Hospital de Sopó para la práctica de la necropsia (folio 100 cdno. 6).

"e) Fotocopia auténtica del oficio No. 001 del 5 de enero de 1991, a través del cual el Comandante de Policía de la Estación de Tocancipá contesta la solicitud anterior, informando que "... Al llegar al cementerio, junto con los empleados del municipio, se constató que el cadáver N.N. que se encontraba allí desde el día de ayer había desaparecido, sin que nadie diera razón de su desaparición..." (folio 101 Cdno. 6).

"f) Fotocopia auténtica del oficio 1364 del 5 de febrero de 1991 dirigido por el Jefe de la División de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, en respuesta al oficio 024 del 8 de enero de 1991, informando que el resultado del cotejo técnico de la necrodactilia dio resultado positivo correspondiendo a Alvaro Moreno Moreno identificado con la cédula 79.276.292 (folio 128 cdno. 6).

"g) Fotocopia auténtica de la tarjeta decadactilar correspondiente a Alvaro Moreno Moreno, cédula 79.276.292, enviada por la Registraduría Nacional del Estado Civil (folio 130 cdno. 6).

"h) Fotocopia auténtica del registro de defunción de N.N. del 22 de enero de 1991 efectuada por la Notaría Unica de Chocontá y que corresponde al indicativo serial No. 352813 (folio 213 cdno. 6).

"i) Fotocopia auténtica del registro de defunción de ALVARO MORENO MORENO efectuado el 21 de enero de 1991 en la Notaría de Chocontá que corresponde al indicativo serial No. 352825, que reemplaza el indicativo en el punto anterior por orden del Juez 40 de Instrucción Criminal (folio 214 y 215 cdno. 6).

"j) Fotocopia auténtica del oficio No. 159 del 6 de febrero de 1991, dirigido al Juez 71 de Instrucción Criminal por el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, Unidad de Investigación Preliminar de Zipaquirá, informando que N.N. cuyo cadáver fue levantado el 4 de enero de 1991 en colaboración con la Inspección de Policía de Tocancipá fue identificado, conforme a las impresiones tomadas en el levantamiento, como ALVARO MORENO MORENO, cédula 79.276.292 de Bogotá (folio 23 a 28 cdno. 3).

"k) Fotocopia auténtica del acta de necropsia practicada el 14 de enero de 1991 al cadáver de N.N., encontrado en la represa del Sisga (folio 17 y 18 cdno. 7).

"l) Fotocopia auténtica de las diligencias de exhumación del cadáver de N.N. a que se refiere la necropsia anterior, practicada por el Juez 40 de Instrucción Criminal el 20 de febrero de 1991. En esta diligencia el cadáver es reconocido por Guillermo Orlando Moreno Moreno, como de su hermano Alvaro Moreno Moreno (folios 19 y 20 cdno. 7).

"13) Se practicó dictamen pericial a solicitud de la parte actora para determinar el valor de la indemnización por perjuicios materiales (folio 109 y 110).

"La pericia fue objetada por la demandada (folio 123), objeción sobre la cual se decidirá más adelante.

"14) Se recibieron testimonios de GERMAN MUÑOZ RODRIGUEZ, AIDE CONCEPCION HERRERA, ALFONSO PRADA PRADA y GERMAN ALFONSO MALDONADO. Los testigos expresan el conocimiento de la familia MORENO MORENO, las relaciones familiares de la misma, la conducta de ALVARO MORENO MORENO e indican como éste dependía económicamente de sus padres y hermanos (folio 3 a 9 cdno. 2).

"III. Apreciados los anteriores medios de prueba dentro de las reglas de la sana crítica (artículo 187 del C. de P.C.), es decir, haciendo un análisis objetivo y razonado de los mismos, comparándolos luego entre sí, para efectuar, por último, una síntesis de lo probado, se encuentra que, dentro del proceso, se demostraron plenamente los siguientes hechos:

"1) Que los actores son los padres y hermanos legítimos de ALVARO MORENO MORENO, por cuya muerte reclaman indemnización y, en tales condiciones, acreditaron su legitimación en la causa por activa.

"2) Que la NACION - POLICIA NACIONAL, está legitimida en la causa por pasiva porque de ella se predicaron y demuestran conductas antijurídicas que sirven de causa a las pretensiones procesales.

"3) Que el 3 de enero de 1991, fue atacado el CAI de Los Libertadores en las horas de la noche.

"4) Que como consecuencia de tal hecho fue detenido el mismo día el señor ALVARO MORENO MORENO y puesto a disposición de la SIJIN de la Policía Nacional.

"5) Que el 4 de enero de 1991 fue encontrado en comprensión del municipio de Tocancipá, cerca del parque Jaime Duque, el cadáver de un hombre que

posteriormente fue identificado a través de necrodactilia como ALVARO MORENO MORENO.

"6) Que el cadáver fue sustraído de la morgue del cementerio de Tocancipá en las horas de la noche del día 4 de enero o en la madrugada del día 5 por desconocidos.

"7) Que un cadáver apareció posteriormente en la represa del Sisga, siendo identificado como el de ALVARO MORENO MORENO, es decir, el mismo que había sido sustraído de la morgue de Tocancipá.

"8) Que se realizaron maniobras por parte de miembros de la Policía Nacional para desaparecer las pruebas relacionadas con la captura de Alvaro Moreno Moreno.

"9) Que tanto en la investigación penal como en la adelantada por la Procuraduría, se encontraron graves indicios de que la muerte de ALVARO MORENO MORENO fue ocasionada por miembros de la Policía Nacional.

"IV. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION:

"Para la Sala en este proceso se encuentran plenamente demostrados los elementos integradores de la responsabilidad de la administración dentro del régimen conocido como de "falla en la prestación del servicio".

"a) La falla en la prestación del servicio.

"Dentro del plenario se encuentra plenamente demostrado que el señor ALVARO MORENO MORENO fue detenido por miembros de la Policía Nacional en horas de la noche del 3 de enero de 1991, sindicado de haber participado en un atentado contra el Centro de Atención Inmediata (CAI) de Los Libertadores, donde perdió la vida un Agente de la Institución, y que, una vez puesto a disposición de la SIJIN, desaparecieron todos los documentos y registros de computador referentes al caso, con excepción del informe semanal que se rinde al Comandante General de la Policía Metropolitana de Bogotá, donde se da cuenta del hecho. Allí aparece el señor Moreno como sindicado y, además se le identifica con el número de cédula de ciudadanía, lo cual hace que el hecho de su detención e identificación plena se torne indudable.

"Y el 4 de enero en las horas de la mañana aparece el cadáver de Moreno Moreno en los alrededores del Parque Jaime Duque en el municipio de Tocancipá. Su identificación también es indiscutible ya que es resultado de comparación dactiloscópica a través de la necrodactilia y así lo establece la Registraduría Nacional del Estado Civil, al comparar sus huellas dactilares con las de la tarjeta decadactilar correspondiente a su cédula de ciudadanía. El

cadáver es sustraído de la morgue para aparecer días después en la represa del Sisga.

"Con la secuencia de hechos se determinan en forma clara indicios que convergen y concuerdan en el sentido de que la muerte de Alvaro Moreno Moreno se produjo a manos de miembros de la Policía Nacional que, con pretermisión de todas las normas legales que regulan el trato a detenidos y con violación de los derechos más elementales, sin fórmula de juicio, procedieron a quitarle la vida. No otra cosa se puede deducir de los elementos de juicio allegados al proceso.

"En efecto, es muy diciente la conducta asumida por miembros de la institución policial tratando de eliminar por todos los medios las pruebas atinentes a la captura de Moreno Moreno y el haber sido puesto a disposición de la SIJIN, intentos que a la larga salieron fallidos porque apareció el informe a que antes se hizo alusión, que demostró tal hecho. El haber sido detenido y aparecer muerto al día siguiente es también, dentro de lo razonable, indicio grave de que la muerte se produjo por parte de sus captores; la conclusión surge en forma nítida.

"No existen dentro del plenario elementos que permiten establecer quien o quienes fueron los autores materiales del homicidio, en forma determinada, pero lo cierto es que las evidencias indican que se trató de miembros de la Policía, lo cual es suficiente para que surja el primer elemento de la responsabilidad de la administración.

"Las autoridades no solamente incumplieron su obligación de protección a la vida de las personas, en especial a quienes se encuentran bajo su custodia por haber sido retenidas, independientemente que los hechos causa de tal retención sean ciertos o no, sino que ocasionaron la muerte a una de ellas, el señor MORENO MORENO, sin que existiera causal alguna exculpativa de tal conducta, violando así el artículo 16 de la Constitución Nacional vigente para la época de los hechos, que corresponde al inciso segundo del artículo segundo de la actual Carta Política. Además, no puede menos que hacerse énfasis en la censurable conducta asumida por la administración, cuando no solo priva de la vida a una persona en las circunstancias antes anotadas, sino que trata de inducir a error sobre los hechos ocurridos y la identidad de la víctima, alterando documentos y evidencias, sustrayendo el cadáver llevándolo a sitio alejado del lugar de los insucesos para dificultar su localización e identificación, en fin tratando de desviar la investigación y desvirtuar la verdad sobre lo acontecido.

"Se encuentra, entonces, demostrado el primer elemento integrador de la responsabilidad de la administración, dentro del régimen inicialmente indicado" (fl. 268-280, C. 1).

- II -

CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

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

"Considero que el *a-quo,* al momento de valorar la prueba recaudada, y fijar el monto del reconocimiento por perjuicios morales, no tuvo en cuenta hechos que, como él mismo lo indica en el fallo, están demostrados y hacen referencia a que el hoy occiso ALVARO MORENO MORENO, fue retenido con ocasión del atentado terrorista o guerrillero al CAI de Los Libertadores, en donde perdió la vida el Agente ISMAEL ALARCON POLO; en poder del citado MORENO MORENO se encontraton estopines, dinamita y cartuchos.

"Si bien es cierto la muerte de ALVARO MORENO MORENO, no se justifica, tampoco se justifica que éste volara el CAI Los Libertadores en donde murió el agente ISMAEL ALARCON POLO.

"Es una realidad del país, que la guerrilla valiéndose de jóvenes, asesine magistrados, políticos y altas personalidades y que esta situación provoque el repudio de los gremios a que éstos pertenecen; pero ¿quién reacciona ante la muerte de un policía a manos de la guerrilla? Nadie, no pasa de ser un muerto más en la larga lista, no pasa a ser una humilde familia, sin quien vele por ella. Esta circunstancia debió tenerla en cuenta el magistrado ponente y la Sala del Tribunal y así por lo menos haber disminuido el monto de los topes concedidos por concepto de perjuicios morales.

"Se alega el dolor de la familia MORENO MORENO, pero ¿quién se fija en el dolor de la familia del agente ALARCON POLO?

"La jurisprudencia del H. Consejo de Estado es clara al señalar; en el fallo de fecha 22 de octubre de 1993, Proceso No. 7863, actor MARIA DEL CARMEN SERRANO DE GIRALDO, Consejero Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

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

"Igualmente en fallo del 26 de agosto de 1993, proceso No. 8046, actor JOSE MARIO OCAMPO SALAZAR Y OTROS, Consejero Ponente Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, se dijo:

"En ese proceso penal, seguido en contra del aquí demandante, se recibió declaración a los señores HERNANDO ECHEVERRY VALLEJO Y ALVARO ECHEVERRY MEJIA, que fueron quienes informaron a la patrulla de Policía sobre la presencia del sospechoso. Ellos dan cuenta de que el individuo se encontraba escondido entre la maleza, al lado de la carretera, donde estaban atravesados unos obstáculos. Para la Sala, esa circunstancia unida al hecho de que el sospecho se encontraba armado, con una pistola Standar pavonada, calibre 22 largo, con proveedor para 10 cartuchos y 53 cartucos más, es un indicio de que se disponía a cometer un ilícito en el momento de ser herido".

"La conclusión anterior, no permite a la Sala exhonerar (sic) de toda responsabilidad a la demandada, pues si bien es cierto, al resultado quese proceujo (sic) contribuyó la culpa de la víctima, esta no fue exclusiva sino que con ella concurrió el uso indebido de las armas...".

"Este análisis le permite a la Sala concluir que el *a-quo* decidió acertadamente a reducir la responsabilidad en un 50%...".

"Por otra parte reitero lo expuesto en primera instancia y solicito se tenga en cuenta mis argumentos al momento de fallar" (fl. 296-298, C. 1).

– III –

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA DECIMA DELEGADA

El Procurador Décimo Delegado, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo OBSERVA:

"La muerte del ciudadano Alvaro Moreno Moreno y que ha dado origen a la presente acción, se halla efectivamente acreditada dentro del proceso, a saber:

"a) Registro civil de defunción expedido por la Notaria Unica del Círculo de Chocontá, en la que aparece como fecha de la muerte el día 4 de enero de 1991. Dicho registro se produjo con fundamento en oficio 428 de febrero 21 de 1991 del Juzgado 40 de Instrucción Criminal de Chocontá y que sustituye el folio con indicativo serial 352813 de enero 22 de 1991 (folio 55, cdno. 1).

"b) Fotocopia auténtica del registro de defunción de N.N. de enero 22 de 1991 efectuado por la Notaría Unica de Chocontá y que corresponde al indicativo serial No. 352813 (fl. 213 cuad. 6).

"c) Copia del oficio No. 159 de febrero 6 de 1991 dirigido al Juez 71 de Instrucción Criminal por el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, informando que N.N. cuyo cadáver fue levantado el 4 de enero de 1991 fue identificado, conforme a las impresiones tomadas en el levantamiento, como Alvaro Moreno Moreno, cédula 79.276.292 de Bogotá (folio 23 cuad. 3).

"d) Copia del acta de levantamiento de cadáver efectuado el día 14 de enero de 1991, donde se tomó necrodactilia y se dispuso el traslado del cadáver a la morgue del cementerio de Gachancipá (folio 93 cuadn. 6).

"e) Diligencia de exhumación del cadáver de N.N. practicada por el Juez 40 de Instrucción Criminal el día 20 de febrero de 1991, en la que el cadáver es reconocido por Guillermo Orlando Moreno Moreno, como el de su hermano Alvaro Moreno Moreno (folio 19 cuad. 7).

"Obra igualmente copia del resumen semanal enviado el 7 de enero de 1991 por el oficial de servicio al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, en la cual aparece la siguiente anotación: "Sindicados: Alvaro Moreno Moreno c.c. 79276292 de Bogotá, a quien le fue decomisado dos estopines y 5 cartuchos calibre 33 largo. Luis Jorge Gómez Zambrano c.c. 91209431 de Bogotá, 33 años, reside en la transversal 12 No. 54-18 sur, los cuales quedaron a órdenes de la SIJIN..." (folio 232 cuad. 7).

"Así las cosas, se deduce que el día 3 de enero de 1991 fue atacado el CAI de Los Libertadores en las horas de la noche, y que como consecuencia de tal hecho fue detenido el mismo día el señor Alvaro Moreno Moreno y puesto a órdenes de la Sijin. Posteriormente, el día 4 de enero de 1991, fue encontrado cerca al Parque Jaime Duque, el cadáver de un hombre que luego fue identificado a través de la necrodactilia como Alvaro Moreno Moreno, y el que fue sustraído el día 5 de enero por desconocidos, para aparecer posteriormente en la represa del Sisga.

"Tanto en la investigación penal como en la adelantada por la Procuraduría General de la Nación,. se encontraron graves indicios, en el sentido que la muerte de señor Moreno Moreno fue ocasionada por miembros de la Policía Nacional, conforme providencias que obran en los respectivos cuadernos de pruebas y cuyas partes pertinentes aparecen transcritas en la parte motiva del fallo recurrido y a las que este Despacho se remite (folio 271 y 272 cuad. principal).

"Esto explica que, lejos de cumplir con la obligación de proteger la vida de las personas, las autoridades ignoran su deber, en especial con quienes se hallan bajo su custodia, conducta que compromete la responsabilidad del Estado y que por consiguiente, amerita la reparación patrimonial de los daños causados" (fl. 293-295, C. 1).

– IV –

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia consultada será confirmada, pues el *ad-quem* hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el Tribunal, por encontrarla seria, ponderada y ajustada a la lógica de lo razonable.

En el caso *sub-exámine* quedó bien demostrada la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica, el *ad-quem* le da especial mérito probatorio al RESUMEN SEMANAL de fecha siete (7) de enero de 1991, emanado de la Policía Nacional Metropolitana de Bogotá - Estación C.A.D. firmado por el CT OMAR EFREN PEÑA ALARCON, en su condición de miembro de la Policía Nacional, y oficial de servicio E-100 C.A.D., el cual consta de once folios (11), dirigido al señor Brigadier General Comandante Policía Metropolitana de Bogotá, en cuya parte pertinente se lee:

> "... Sindicados: ALVARO MORENO MORENO c.c. 79276292 de Bogotá, a quien le fue decomisado dos estopines y 5 cartuchos calibre 38 largo. LUIS JOSE GOMEZ ZAMBRANO cc. 91209431 de Btá., 33 años, reside en la TR 12 54-18, Sur, **los cuales quedaron a órdenes de la SIJIN,** quienes en compañía de otros dos desconocidos los cuales emprendieron la huída, se acercaron a pie al Cai atacando a los agentes causando daños materiales al habitáculo y a la panel de siglas 106 la cual se encontraba prestando tercer turno de vigilancia como AA13 se desconoce la cuantía total. Móviles se investigan. Informó: ST VEGA NIÑO como VI-20. Incidente 45405..." (ver folios 155-164 del anexo No. 1, 284-295 cc. 2) (el subrayado nuestro)" (fl. 366, C. 8).

Dentro del marco probatorio anterior no hay espacio para la duda que impide concluir que el señor ALVARO MORENO MORENO sí fue retenido por miembros de la Policía Nacional, habiendo resultado posteriormente muerto, sin que el centro de imputación jurídica demandado haya podido excusar su conducta. En apoyo de la afirmación anterior vienen bien las consideraciones que la Fiscalía General de la Nación. Dirección Seccional de Fiscalías. Unidad de Investigaciones Especiales, hace en la providencia de doce (12) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), (C. 2, fol. 32 y ss.ss), en cuya parte pertinente, se lee:

> "La retención de ALVARO MORENO MORENO por miembros de la Policía Nacional Sijín, se deduce: a) De la llamada telefónica realizada a la casa de la familia Moreno Moreno a las 8:30 p.m. del día 3 de enero de 1991, por una voz femenina que así lo manifestó, b) De acuerdo con lo informado por el Myr. José Gregorio Sánchez Lozano al día siguiente al Sr. Moreno Cruz, padre del occiso, cuando le dijo que su hijo estaba seriamente comprometido en los hechos ocurridos la noche anterior y lo manifestado por la Sargento, quien dijo en el patio y delante de la visitadora de la Procuraduría, que lo habían capturado con estopines y cartuchos. Se pregunta la Fiscalía. Si hasta ese momento "nadie conocía" información alguna sobre dicha retención y esas circunstancias fueron anotadas con bastante claridad en el informe o Resumen General firmado por el Capitán Omar Efrén Peña Alarcón, era porque el Myr. Sánchez Lozano sabía de dicha retención. El resumen semanal solo vino hacer parte de la investigación hasta junio 25 de 1991, c) Con lo afirmado en el mismo informe o Resumen Semanal anteriormente mencionado, quien tomó la información de los boletines diarios o cinta magnetofónica, donde inclusive aparece en forma clara el número

de cédula de éste. d) Con lo afirmado por la Tte. Adriana Patricia Hernández, quien intervino en el operativo y escuchó en el radio portátil canal Sijin la retención de ALVARO MORENO MORENO y LUIS JORGE GOMEZ ZAMBRANO, así como el decomiso de estopines y cartuchos, e igual afirmación hace el agente Julio Domingo Palencia (Fl. 141 Cdno. Anexo 4)" (fl. 94, C. 2).

B) Conmueve a la Sala el universo que tiene el INFORME EVALUATIVO rendido por los investigadores especiales de la Procuraduría General de la Nación, que en lo sustancial transcribe el *a-quo* en el fallo consultado, de cuya lectura se desprende que las unidades del C.A.D., que manejaron la información, hicieron más esfuerzos para "... ENCUBRIR LA MUERTE DE ESTE CIUDADANO..." que por esclarecer el crimen. Para lograr el primer objetivo no se enrutó idóneamente el mensaje que se refería a la captura del mismo y se dieron respuestas "... evasivas, y en ocasiones contradictorias..." de los servidores de la Policía. El auto inhibitorio, dictado dentro de los procesos disciplinarios, deja sabor amargo, y es un homenaje a la impunidad. Por ello en el citado informe evaluativo se censura el comportamiento del General, dentro del siguiente temperamento:

"Con relación a este oficial es menester aclarar que no se evidencia participación del mismo en la muerte del señor MORENO. Sin embargo, en su papel de Juez de primera instancia de los procesos disciplinarios de la policía, como el que se adelantó por la muerte de ALVARO MORENO MORENO, en el cual precisamente, desconociendo el contenido del informe semanal dirigido a su propia oficina del Brigadier General director de la Policía Metropolitana de Bogotá, dictó un auto inhibitorio por no existir méritos para investigar la muerte de ALVARO MORENO MORENO. Al ser preguntado sobre ese hecho el General manifestó que la instrucción la había hecho el Coronel, quien también proyectó el auto en cuestión. Pero el responsable del contenido del auto es el General, pues es él la persona que lo firma y no puede escudarse en el inferior que no toma decisiones. A todas luces no consultar un documento que los suscritos funcionarios pudieron encontrar en la propia Oficina del general, resulta por lo menos extraño, y es un hecho indicador de que debe aclararse la situación disciplinaria del entonces Director de la Policía Metropolitana de Bogotá, a punto de establecer las razones que realmente explican tamaño descuido".

La aparición del cadáver en la represa del Sisga y su posterior desaparecimiento del cementerio, con el fin de hacer imposible la práctica de la necropsia, es indicio grave en contra de la administración. Del informe rendido al Inspector de Policía de Tocancipá, el día cinco (5) de enero de 1991, se desprende que:

"Al llegar al cementerio, junto con los empleados del municipio, se constató que el cadáver N.N. que se encontraba allí desde el día de ayer había desaparecido, sin que nadie diera razón de su desaparición, posteriormente se hizo una investigación y el único indicio, es de que en eso de las 03:00 horas se escuchó

el ruido de un carro y a poco tiempo después, salió sin que nadie lo viera ni tomara placas, que al parecer hurtó el cadáver" (fl. 13, C. 4).

En relación con la captura y posterior desaparecimiento de personas retenidas por la fuerza pública, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 27 de marzo de 1992, magistrado ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, expediente No. 6532, en la cual se discurrió dentro del siguiente temperamento:

"Acierta el Tribunal al extraer su conclusión final con apoyo en la prueba indiciaria y su armonización con los testimonios recepcionados. Es cierto que en casos como el aquí analizado no puede esperarse la prueba directa de los hechos porque esta clase de Crímenes se comete en la sombra y tratando por todos los medios de borrar las huellas. Pero parece que los aquí homicidas, en su afán de vendeta, olvidaron que el hecho de la detención del señor Bertis Emilio Posso era de fácil demostración y que esa detención les imponía la obligación de mantenerlo con vida en el mismo estado de salud que tenia cuando tal hecho sucedió. Esto no como consecuencia de un supuesto depósito necesario que no se dio en el evento cuestionado, sino como un simple deber legal.

"Cuando la autoridad detiene a una persona sindicada de un ilícito penal contrae con el detenido una serie de obligaciones, entre las que se cuenta la de mantenerlo a buen recaudo, respetando su integridad física y moral para poder hacer efectiva la sanción si resulta responsable. Esta última obligación es de resultado, como ha tenido oportunidad de decirlo la jurisprudencia en más de un fallo. A este propósito la Sala reitera en jurisprudencia contenida en los fallos de diciembre 6 de 1988 (proceso 5187 Ladys Matilde Puentes) de octubre 25 de 1991 (Proceso 6565 Gildardo Arteaga), de los cuales fue ponente el mismo que redacta esta providencia.

"En aquella se lee aparte que conserva toda su vigencia:

"Frente al detenido la autoridad militar tenía una obligación de resultado: respetar su vida, su integridad personal y psíquica.

"No es un caso de depósito necesario, figura desafortunada utilizada por la Sala en asunto similar fallado hace algunos años. No es solo el cumplimiento de un deber legal. Toda autoridad militar o de policía en su misión de reprimir la delincuencia debe capturar a las personas cuando sobre ellas pese alguna sindicación. No nace con esa aprehensión una relación contractual para mantenerlo con vida. Es una obligación legal, ligada a las garantías constitucionales mismas".

C) Del acervo probatorio que obra dentro del informativo se vivencia que este es un caso más, de los muchos que suelen llegar al despacho para decisión, en que se trata a la PERSONA HUMANA con más crueldad que si fuese un ser irracional. La

realidad fáctica parece darle la razón a E. FROM cuando enseña: "Ante todo, parto de la consideración de que el hombre es mucho más destructivo y cruel que el animal. El animal no es sádico, no es hostil a la vida, pero la historia humana es un documento de la imaginable crueldad y la extraordinaria destructividad del hombre... Hay poco derramamiento de sangre entre los animales, incluso cuando luchan... Los lobos entre sí no son en absoluto agresivos sino muy amistosos. Por lo tanto me parece injustificado describir la agresividad entre los hombres comparándola con la de los lobos, cuando se dice: Un hombre se comporta respecto del otro como un lobo respecto de otro lobo (homo homini lupus). Se podría decir, en todo caso, como un lobo respecto de una oveja, pero no como un lobo respecto de otro..." (El Amor a la Vida, pág. 79 y ss.ss.).

Al trato inhumano que algunos miembros de la fuerza pública le suelen dar a las personas que caen en sus manos, se agrega un vicio reprochable que es el que se orienta a rendirle culto a LA MENTIRA. El delincuente no resulta ser el agresor, sino la víctima, a la cual se la presenta, en sociedad, *post-mortem*, como el peor delincuente, atentando así contra el patrimonio espiritual que el finado le ha dejado a su familia, a su esposa, a sus hijos. De la MENTIRA ha dicho el escritor JEAN FRANCOIS REVEL, que es la primera de todas las fuerzas que dirigen el mundo. Por ello se impone una tarea educativa que forme a los integrantes de la Policía Nacional en el culto a la verdad, pues solo así será posible predicar que sus miembros PIENSAN BIEN Y ACTUAN BIEN.

Para casos con el temperamento del que se deja estudiado vienen bien las enseñanzas de BALMES: "Ciertos hombres tienen el talento de ver mucho en todo; pero les cabe la desgracia de ver todo lo que no hay, nada de lo que hay" (El Criterio). Quede, pues, en claro que LA MENTIRA no es vía amplia para lograr la exoneración de responsabilidad del Estado, sino semilla fructífera sobre la cual se consolida con más fuerza de convicción la falla del servicio o el daño antijurídico.

C) La LEGITIMACION POR ACTIVA quedó bien demostrada. GUILLERMO MORENO CRUZ y MARIA PIA MORENO DE MORENO, contrajeron matrimonio el día 19 de abril de 1950 y de esta unión nacieron con posterioridad GUSTAVO ANTONIO, LUIS ALFONSO, GUILLERMO ORLANDO, DORA ALICIA, HUGO ALBERTO, HECTOR JULIO, EDGARDO EMILIO, JORGE ELIECER Y MARIA PATRICIA MORENO MORENO.

Por todo lo anterior, se confirmará la condena que el *a-quo* hizo en favor de los padres por un mil gramos (1.000) de oro fino para cada uno y por quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de los hermanos, pues tal decisión es fruto del arbitrio judicial que, en el caso en comento se acomoda a la lógica de lo razonable.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia calendada el día 28 de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso del rubro.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, envíese 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.

ECOSALUD/CONTRATO SOCIAL–Impugnación/**SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS**–Constitución/**ENTIDAD DESCENTRALIZADA DE SEGUNDO ORDEN/CONTRATO DE SOCIEDAD/NULIDAD ABSOLUTA/ ACCION DE NULIDAD/TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA/CONTROVERSIA CONTRACTUAL**

La demanda, como quedó visto, aparte de la declaratoria de nulidad de los estatutos sociales de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A., persigue también la nulidad de la totalidad del Decreto Ejecutivo 271 del 25 de enero de 1991, "por el cual se aprueba los estatutos de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A.". Como bien lo entendió la Sección Primera del Consejo de Estado, en auto de 2 de febrero de 1994, a pesar de que el actor dijo ejercer la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la verdad es que pretende la declaratoria de nulidad del contrato de sociedad que se ha dejado descrito, celebrado entre la Nación y las Entidades Territoriales o sus Entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, a voces del artículo 43 de la Ley 10 del 1o. de enero de 1990. La Sala encuentra fundado el auto de 22 de abril de 1994, según el cual el señor Consejero Sustanciador ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por razones de competencia, puesto que según lo previsto por los artículos 131y 132 del C.C.A., en sus numerales 8, en acciones relativas a controversias contractuales, la competencia se radica en los Tribunales Administrativos, en primera o única instancia. Tan solo de manera excepcional, por que así lo disponga normativa legal expresamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, conocerá en única instancia de la referida controversia de naturaleza contractual como son los negocios relacionados con petróleo y los atinentes a asuntos mineros.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9399. Actor: Gaspar Caballero Sierra. Demandada: Ecosalud S.A.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de súplica ordinario interpuesto por la parte actora contra el auto de 22 de abril de 1994, proferido por el señor Consejero Sustanciador mediante el cual dispuso remitir el expediente, por razones de competencia, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES:

a) El doctor GASPAR CABALLERO SIERRA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, pretende la anulación de los siguientes actos:

> "1. Los Estatutos Sociales de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A., contenidos en la escritura pública No. 1408 del 7 de diciembre de 1990, otorgada en la Notaría 28 de Bogotá;

"2) El Decreto Ejecutivo No. 271 de 1991, del 25 de enero de ese mismo año (sic) **"por el cual se aprueban los estatutos de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A.,** expedido por el señor Presidente de la República de Colombia **"en uso de sus facultades legales, y en especial las conferidas por el artículo 52 de los estatutos internos de ECOSALUD S.A. contenidos en la escritura pública No. 1408 de diciembre 7 de 1990 Notaría 28 del Circuito de Bogotá"** (folio 86).

b) Por auto de febrero 24 de 1994 la Sección Primera de la Corporación, a través del señor Consejero Sustanciador dispuso remitir el expediente a la Sección Tercera, por cuanto, en su entender "... se trata de la declaratoria de nulidad de un contrato de sociedad celebrado entre entidades públicas y del acto administrativo que permite su ejecución o vigencia, como lo es el de su aprobación por parte del Gobierno Nacional, lo que conduce a la conclusión de que realmente la acción procedente es la contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A...".

c) El doctor JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, Consejero Sustanciador del proceso en la Sección Tercera, mediante providencia de 22 de abril de 1994, como ya se vio, inadmitió la demanda, previos los siguientes razonamientos:

> "Pese a que en la demanda se dice actuar "en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el artículo 14 del decreto

2304 de 1989...", de las pretensiones formuladas y de los hechos que se invocan como causa de las mismas se deduce que su propósito es lograr la nulidad absoluta del contrato, petición típicamente contractual.

"En consecuencia y teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 131 y 132 del C.C.A., en los numerales 8 es claro que la competencia para conocer de este asunto está atribuido al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca".

d) Oportunamente el actor interpuso recurso de súplica contra el auto inadmisorio, con miras a que se revoque en su totalidad, y en su lugar "se entre a dar el trámite debido". El recurrente para sustentar su recurso dispuso:

"La acción que se instauró no es contractual, sino de simple nulidad, como quiera que el itinerario jurídico que determinó la creación de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A., finalizó en el Decreto Ejecutivo No. 271 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República, mediante el cual se apruban los estatutos de la sociedad entre sociedades públicas citada (sic), y que es precisamente el acto administrativo fundamental que se demanda. No se trata, por consiguiente, de una acción contractual, en la cual se debatan intereses de la misma índole, y respecto al alcance u obligatoriedad de sus cláusulas, por intereses inter-partes o de terceros que abriguen interés jurídico respecto a su celebración o ejecución.

"No debe olvidarse que la sociedad entre entidades públicas constituye un acto complejo en que interviene la voluntad del derecho público, plasmada en la ley que autoriza su creación y el acuerdo de voluntades entre las entidades estatales de economía mixta, sino de una sociedad entre entidades públicas, cuya tipología y régimen se encuentra en el Decreto Ley 130 de 1976 (art. 4).

"En la presente acción han podido no demandarse los Estatutos Sociales de ECOSALUD, como quiera que ellos están contenidos en el Decreto Ejecutivo que los aprueba y acoge jurídicamente. Sobraba ello. Bastaba simplemente demandar el acto administrativo de orden nacional que los aprueba, y ésto es lo que debe interesarle al Consejo de Estado.

"Categóricamente no se trata de una acción contractual: el Consejo de Estado no puede cambiar la vía jurisdiccional legítimamente escogida. La Sección Primera equivocadamente remitió el proceso a la Sección Tercera, y esta última ha debido afirmar las claras normas de competencia, que son de orden público, de irrestricto cumplimiento, donde no cabe el subjetivismo jurídico.

"La acción instaurada es de carácter objetivo, puesto que lo que pretende es la defensa del orden jurídico y de la legalidad en general, ya que una sociedad entre entidades públicas no mixta debe cumplir y obedecer a la normatividad jurídica, aun cuando ésta sea de derecho privado.

"Además, las precisas disposiciones que se invocan como violadas, pertenecientes al Código de Comercio, son normas de orden público, no susceptibles de derogarse por la simple voluntad de las partes.

"No sobra advertir que una sociedad creada por la participación exclusiva de entidades públicas como es ECOSALUD S.A., por disposición de la ley, se somete al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. En efecto, el artículo 4 del Decreto Ley 130 de 1976 prevé al respecto:

"De la constitución de sociedades entre entidades públicas. Las sociedades que se creen por la participación exclusiva de entidades públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial **se someten a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado** (...)" (subrayado fuera de texto).

"No puede olvidarse que según el artículo 115 de la Constitución Política las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, **"forman parte de la Rama Ejecutiva".** Lo que se pretende con la demanda de acción pública de nulidad es que la Rama Ejecutiva se someta al régimen jurídico de la Nación, cosa que no se puede debatir a través de una simple acción contractual" (folios 125 a 127).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El auto suplicado deberá confirmarse por las siguientes razones:

La demanda, como quedó visto, aparte de la declaratoria de nulidad de los estatutos sociales de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A., contenidos en la escritura pública No. 1408 de 7 de diciembre de 1990, otorgada en la Notaría 28 de Bogotá, persigue también la nulidad de la totalidad del Decreto Ejecutivo No. 271 del 25 de enero de 1991, "por el cual se aprueba los estatutos de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A.".

SEGUNDA: Conforme a lo anterior, mediante el Decreto No. 271 de 1991 se completó el perfeccionamiento del contrato social contenido en la escritura pública No. 1408 del 7 de diciembre de 1990, otorgada en la Notaría 28 de Bogotá. En otros términos, los dos actos demandados se conjugan, como si fueran uno solo, para de manera compleja hacer nacer a la vida jurídica un nuevo ente social.

TERCERA: La escritura pública No. 1408 de 7 de diciembre de 1990, de la Notaría 28 de Bogotá, contiene los estatutos sociales de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A., normativas negociales que para su eficacia final requerían la aprobación del señor Presidente de la República según se dijo en el artículo 52 de los referidos estatutos de ECOSALUD S.A., vale decir, que por la simple suscripción de la escritura pública con la cual se protocolizaban los estatutos de

ECOSALUD S.A., dicho negocio jurídico plurilateral no era completo, dado que requería de un agregado cual era la aprobación del señor Presidente de la República.

Como bien lo entendió la Sección Primera del Consejo de Estado, en auto de 24 de febrero de 1994, a pesar de que el actor dijo ejercer la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la verdad es que pretende la declaratoria de nulidad del contrato de sociedad que se ha dejado descrito, celebrado entre la Nación y las Entidades Territoriales o sus Entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, a voces del artículo 43 de la Ley 10 del 1o. de enero de 1990.

La Sala encuentra fundado el auto de 22 de abril de 1994, según el cual el señor Consejero Sustanciador ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por razones de competencia, puesto que según lo previsto por los artículos 131 y 132 del C.C.A., en sus numerales 8. en acciones relativas a controversias contractuales, la competencia se radica en los Tribunales Administrativos, en primera o única instancia. Tan solo de manera excepcional, por que asi lo disponga normativa legal expresamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, conocerá en única instancia de las referidas controversias de naturaleza contractual como son los negocios relacionados con petróleo y los atinentes a asuntos mineros.

SEXTO: Con las reformas introducidas por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el artículo 87 del C.C.A., una de las controverisas negociales puede consistir en la NULIDAD del contrato y, en fin, "que se hagan otras declaraciones y condenaciones".

SEPTIMO: El punto que aquí se discute, no es nuevo para la Sala. En efecto la misma óptica que hoy se consigna, fue tomada en cuenta en providencia de agosto 27 de 1992. Expediente No. 7493. ACTOR: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES. Allí se dijo:

> "Desde el momento mismo en que se expidió la Ley 58 de 28 de diciembre de 1982, se vivencia que era voluntad del legislador descongestionar, dentro de lo posible, la tarea del Consejo de Estado, para lo cual se buscó que conociera en única instancia de sólo algunos conflictos de intereses que, por su universo jurídico, lo justificaban. Fue por ello que en el Art. 11 numeral tercero de la citada ley se revistió al Sr. Presidente de la República de facultades extraordinarias para:
>
> "3. Redistribuir las funciones entre el Consejo de Estado y los Tribunales Seccionales y determinar la manera como ellas se ejercen a fin de obtener un EQUITATIVO REPARTO DE NEGOCIOS y mayor rapidez en el despacho de los mismos" (subrayas de la Sala).

"Esa misma filosofía es al que explica que en el artículo 266 del Código Contencioso Administrativo se hubiese dispuesto que: "Los procesos de única instancia que cursan actualmente en el Consejo de Estado y que conforme a las disposiciones de este Código correspondan a los tribunales en única instancia, serán enviados a éstos en el estado en que se encuentren, siempre que no se haya dictado auto de citación para sentencia...".

"Al leer la ponencia que para primer debate de la ley 58 de 1992 redactó el Dr. JAIME VIDAL PERDOMO se aprecia mejor cómo la idea central del legislador fue la de descargar al CONSEJO DE ESTADO. En ella y en lo pertinente, se lee:

""Es indispensable un nuevo reparto de competencia entre el Consejo de Estado y los Tribunales, PARA EVITAR EL RECARGO DEL PRIMERO y del TRIBUNAL DE CUNDINAMARCA..." (subrayado de la Sala).

"Finalmente, también fue intención del legislador, y así se desprende de las ACTAS que se levantaron con motivo de la redacción del C.C. Administrativo, desconcentrar la administración de justicia. Por vía de ilustración simplemente, se recuerda que cuando en ella se trató sobre la competencia para conocer de los conflictos de intereses por trabajos públicos, el Sr. Ministro de Justicia, dijo:

""... si se deja eso solamente a la consideración del Consejo de Estado en única instancia, ESTARIAMOS CONTRIBUYENDO A UNA CENTRALIZACION DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, enorme. Yo me pongo a pensar por ejemplo –agregó– en el caso de la persona que, en Pasto, es víctima de un daño como consecuencia de unos trabajos públicos que adelanta el Municipio de Pasto, entonces, esa persona se ve obligada a venir a Bogotá, al Consejo de Estado, para poder obtener justicia, cuando es un tema que, a mi juicio, puede y debe dársele la oportunidad de que lo ventile ante el Tribunal de lo Contencioso en Pasto".

"En este momento del discurso el fallador se interroga: Si así se pensaba para asuntos que no se presentan con tanta frecuencia como las controversias contractuales, ¿qué predicar entonces para éstas? Indudablemente que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Esta verdad explica, entonces, que si se entienda derogada por el Decreto 2304 de 1989, la norma que disponía que de las nulidades absolutas contractuales del orden nacional conociera el Conseo de Estado".

Igual motivación se tuvo en cuenta en el auto proferido el 23 de julio de 1992. Expediente No. 7457. Actor: Construcciones Cipocar Ltda.

"Este despacho no comparte los razonamientos del Tribunal *a-quo* y por consiguiente se abstendrá de declararse competente, ordenando la devolución de la actuación al juzgador de origen para que profiera el fallo, por lo siguiente:

"a) Si bien es cierto que la demanda se dirige contra actos administrativos proferidos por autoridad del orden nacional (INCORA), en acción de simple nulidad, no puede perderse de vista que las resoluciones demandadas tienen origen en un contrato ONEROSO. Esta característica del negocio jurídico se transmite a los actos administrativos que de él emanan, así estos no hagan referencia expresa a consecuencia o efectos económicos o, precisen montos o cuantías dinerarias.

"b) Si los demandantes no pretendieron indemnizaciones de carácter económico, consecuenciales de la nulidad deprecada, no cambia para nada el origen contractual de los actos demandados y su carácter oneroso, hasta el punto que la decisión que se tome en la sentencia, por contera incidirá, de manera directa, sobre la iniciación del plazo contractual y las consecuenciales económicas que de ello se derivan.

"c) La normativa en que el Tribunal apoya su incompetencia, vale decir, el numeral 1o. del artículo 128 del C.C.A., no puede ser interpretado simplemente bajo la óptica de literalidad, sino que habrá de tenerse bien de presente el impacto o efecto que pueda traer consigo la nulidad pretendida en el campo jurídico negocial.

"d) Por tratarse de asunto REFERENTE a un contrato administrativo, el *sub-lite* para efectos de la competencia, se rige por el numeral 8o. de los artículos 131 y 132 del C.C.A.".

De lo expuesto se impone el mantenimiento de la providencia recurrida. Por lo que la Sala de Decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto suplicado, esto es, el proferido el 22 de abril de 1994 por el señor Consejero Sustanciador doctor JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DE LA CORPORACION.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

ACTOS CONTRACTUALES/ACCIONES CONTRACTUALES/ACTOS SEPARABLES/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA–Improcedencia

Los actos contractuales únicamente resultaban cuestionables a través de las acciones contractuales previstas en el artículo 87 del C.C.A.; al contrario de los denominados actos separables del contrato que lo eran por medio de las acciones de nulidad simple (artículo 84 del C.C.A.) o de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 ibídem) o, incluso, por medio de una contractual (artículo 87). Sin embargo, para llegar a esta conclusión fue menester transitar un difícil camino en cuya construcción no existía seguridad respecto de la acción procedente frente a los actos contractuales de una y otra clase; y ni siquiera en relación con los actos que se debían clasificar como separables y como no separables. En esas condiciones no es ni jurídico ni justo, sancionar con demanda inepta aquella que escogió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a un acto contractual no separable del contrato, en una época en que no existía claridad legal ni jurisprudencial sobre el particular.

ACTO ADMINISTRATIVO/PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA/ SENTENCIA DE NULIDAD–Efectos/**CADUCIDAD DEL CONTRATO**–Inexistencia/**POLIZA DE CUMPLIMIENTO/PAGO**–Improcedencia

Desaparecida la causa (anulación de la declaratoria de caducidad) debe desaparecer el efecto (cobro de garantía), pues no es ni lógico, ni jurídico, ni justo que se haga producir efectos a una declaración de caducidad que ha sido judicialmente anulada; y esto es así, no solamente por los efectos retroactivos que tiene la declaración de nulidad de los actos administrativos, sino también porque su fuerza ejecutoria se

pierde "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho", según lo enseña el artículo 66 del C.C.A.

POLIZA DE GARANTIA–Exigibilidad/**CONTRATO DE OBRA**–Vigencia

Para el caso específico y de acuerdo con exigencias legales, esta precisa forma de incumplimiento contractual estaba protegida por una garantía específica concretada en una cláusula, sobre la cual se debió disponer la reclamación del municipio; si las cosas no funcionasen de la manera que se acaba de precisar, carecería de sentido la disposición del artículo 1047 del C. de Co. en el ordinal 9o., cuando exige que la póliza de seguro debe expresar "los riesgos que el asegurador toma a su cargo"; la circunstancia de que fuese la misma aseguradora quien tomó a su cargo los diferentes riesgos, no cambia para nada esta situación, pues la protección de cada uno de ellos constituyen contratos independientes que no se pueden mezclar por la simple identidad de las partes contratantes; piénsese, sino, en el evento de que el contratista, por su propia decisión, hubiese constituido las diversas pólizas con aseguradoras distintas. La póliza de garantía únicamente podía ser exigible durante el término de vigencia y no ocho años después como efectivamente ocurrió.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. 6308. Actor: La Nacional - Compañía de Seguros. Demandado: Municipio de Cali.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad actora en contra de la sentencia pronunciada el 4 de junio de 1990 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle, cuya parte resolutiva dispuso:

"DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, en consecuencia se declara inhibido para fallar en el fondo" (fl. 329 C. 1).

ANTECEDENTES

1.– El 3 de febrero de 1988, por medio de apoderada judicial, LA NACIONAL, COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A, SUCURSAL CALI demandó al MUNICIPIO DE CALI –Departamento Administrativo de Valoriza-

ción Municipal– y al Ingeniero Ricardo García, con el propósito de obtener satisfacción a estas pretensiones:

"PRIMERA:

"Es nula la resolución No. A-187 de agosto 31 de 1987, emanada de la Alcaldía de Cali, "POR MEDIO DE LA CUAL SE TIENE POR FIRME LA LIQUIDACION FINAL DEL CONTRATO VM-DT-05-79", por cuanto con su expedición se violaron normas legales y se generaron perjuicios.

"SEGUNDA:

"Como consecuencia de la declaración anterior se establezca que la NACIONAL, COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., - SUCURSAL CALI, no está obligada a hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 11-403.147 a favor del Municipio de Cali –Departamento Administrativo de Valorización Municipal–, y, por lo tanto, se ordena la restitución a dicha compañía, en su valor actualizado, de la suma de un millón trescientos dieciocho mil trescientos dieciséis pesos ($1.318.316.oo) la cual fue pagada en mayo 12 de 1981 por haberse hecho efectiva la póliza indicada.

"TERCERA:

"Que se ordene la devolución a la NACIONAL, COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., SUCURSAL CALI, de alguna suma que se vea obligada a cancelar antes de la admisión de la presente demanda o durante su curso, como consecuencia de la Resolución No. A-187 de agosto 31 de 1987. Dicha suma deberá pagarse en su valor actualizado y reconocerle intereses desde el momento de su cancelación hasta su devolución.

"CUARTA:

"Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se determine la responsabilidad a que hubiere lugar, en cabeza de los funcionarios involucrados en el acto administrativo que se declara nulo, en los términos consagrados en los arts. 77 y 78 del C.C.A." (fl. 212 C. 1).

En otra parte de la demanda, en el capítulo denominado "RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO", agregó:

"Respetuosamente pido a ese Honorable Tribunal que se ordene el restablecimiento del derecho lesionado a mi poderdante, en la forma indicada en la PETICION SEGUNDA, esto es, declarando que:

"a) La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., Sucursal Cali, no está obligada a hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 11-403.147 a favor del Municipio de Cali.

"b) Se le restituya a la demandante la suma de un millón trescientos dieciocho mil trescientos dieciséis pesos ($1.318.316.oo) en su valor actualizado, teniendo en cuenta que dicha cantidad de dinero la pagó en mayo 12/81. Art. 178 a favor del C.C.A.

"c) Se ordene el reconocimiento y pago de los intereses correspondientes a $1.318.316.oo, desde mayo 12/81 hasta la fecha en que se efectúe el pago, a favor de la demandante.

"Igualmente pido al H. Tribunal que si la demandante, por algún motivo se viera en la obligación de cancelar alguna suma de dinero, entre este momento y la fecha de la sentencia, por motivo de la resolución demandada, se ordene la devolución de la misma en su valor actualizado y con reconocimiento de intereses.

"Solicito que, de acuerdo con el C.C.A. art. 178, se empleen los índices de precios al consumidor que certifica el DANE, para el cálculo del valor actualizado entre mayo 12/81 y la fecha de pago.

"Así: VR actualizado = 1.318.316 X $\frac{\text{Indice mayo/81}}{\text{Indice mes pago}}$

VR Intereses = 1.318.316 X $(1,06)^{n}$ = años".

(fl. 219 C. 1).

2.– En apoyo de sus pretensiones, la demandante narró los hechos siguientes:

"PRIMERO. El municipio de Cali - Departamento Administrativo de Valorización Municipal, suscribió el contrato No. VM-DT-05-79, en mayo 31 de 1979, con el Ingeniero Ricardo García López; su garante fue la Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., Sucursal Cali (se anexa copia del contrato).

"SEGUNDO. La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia, Sucursal Cali, constituyó las garantñias de la siguiente manera:

"a) Mediante Póliza No. 11-403.146 a favor del Municipio de Cali, Valorización Municipal, con vigencia de un año, por una suma asegurada de $6.809.484.40, para garantizar la correcta inversión del anticipo, fechada en julio 2/79. Vigencia desde junio 28 de 1979 hasta junio 28 de 1980.

"b) Mediante Póliza No. 11-403.148 a favor del Municipio de Cali, Valorización Municipal, por una suma asegurada de $2.723.793.76, para garantizar el

cumplimiento del contrato VM-DT-05-79, expedida en julio 2/79. Con la misma vigencia de la anterior.

"c) **Mediante la Póliza No. 11-403.148 a favor del Municipio de Cali, Valorización Municipal, por una suma asegurada de $1.702.371,10, para garantizar el pago de las prestaciones sociales en desarrollo del contrato VM-DT-05-79, expedida en julio 2/79. Vigencia desde junio 28/79 hasta junio 13/ 82, esto es, 1.080 días.**

"La cuantía y el término de las pólizas anteriores fueron establecidas por Resolución No. 135 FF de junio 27 de 1979, dictada por la Contraloría Municipal de Cali, de conformidad con las normas vigentes en la época.

"(Los documentos mencionados en este hecho segundo se anexan en copia original).

"TERCERO: Por medio de la Resolución No. 147-A de mayo 22 de 1980, el señor Alcalde Municipal declaró la caducidad del contrato VN-DT-05-79 y como consecuencia de ello se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento, la No. 11-403.147, otorgada por la demandante (Se anexa copia auténtica de dicha resolución).

"Mediante la póliza mencionada, el riesgo asegurado era el cumplimiento del contrato VM-DT-05-79; al declararse la caducidad del mismo, por incumplimiento del contratista, se entendía causado el siniestro y surgía la obligación de cubrirlo.

"CUARTO: Como consecuencia de lo relatado en hecho precedente, se determinó la obligación a cargo de la Aseguradora, la demandante, en la suma de un millón trescientos dieciocho mil trescientos dieciséis pesos con 10/100 ($1.318.316.oo). Esta suma fue cancelada en mayo 12/81 según consta en el recibo de indemnización que se aporta con esta demanda; en el mismo se estipuló que "En virtud de este pago, La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., queda a paz y salvo "En todo lo que concierne este siniestro".

"QUINTO: Previa demanda presentada por el Ingeniero Ricardo García López, el Honorable Consejo de Estado, por medio de la sentencia de diciembre 4 de 1986 declaró la nulidad de la prórroga del contrato VM-DT-05-79 y dijo que es nula en su totalidad la resolución No. 147-A de mayo 22/80 y ordenó proceder a la liquidación del contrato VM-DT-05-79, por vencimiento del plazo pactado.

"Vino así el Honorable Consejo de Estado a establecer la causa por la cual terminó el contrato: Vencimiento del plazo pactado. Este plazo de diez meses venció el 30 de abril de 1980. La administración había pretendido la terminación unilateral del contrato por medio de la caducidad; pero el vencimiento del

plazo pactado no contempló el cumplimiento o incumplimiento de las partes; simplemente terminó el negocio jurídico, y tal como lo ordena la Ley y el H. Consejo de Estado, hubo de procederse a la liquidación del contrato. (Se aporta copia simple de la Sentencia de diciembre 4/86 del Consejo de Estado III).

"Sostuvo el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en febrero 21/86, lo siguiente:

"¿Cuándo se entiende vencido el contrato de obra?

"Normalmente cuando se ejecuta la obra a satisfacción dentro del plazo pactado. Y anormalmente cuando dentro de ese mismo plazo no alcanza a ejecutarse en su integridad o se ejecuta por fuera de las especificaciones convenidas. Si se vence el plazo sin que haya podido ejecutarse la obra, puede afirmarse que esto se debió a incumplimiento de una de las partes o de ambas o a caso fortuito o fuerza mayor. Y es aquí donde debe intervenir forzosamente el juez del contrato para establecer la responsabilidad que pueda caberle a las partes y exigir las prestaciones correlativas".

SEXTO: La compañía aseguradora, la demandante trató entonces de recuperar la suma que se le había hecho efectiva como valor del siniestro, $1.318.316.oo, apoyándose en el fallo del Consejo de Estado, antes anotado; lo único que logró obtener fue una promesa verbal de pago el 27 de mayo de 1987, en reunión celebrada en las oficinas de Valorización Municipal. (Se aporta copia de la comunicación dirigida en mayo 28/87 al señor Alcalde Municipal, por el Doctor Enrique Prada Salas, gerente de la demandante).

SEPTIMO: El Departamento Administrativo de Valorización Municipal, acatando apenas en parte lo resuelto en la sentencia de diciembre 4/86, procedió a efectuar la liquidación del contrato VM-DT-05-79 de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 222 de 1983, título XI, unilateralmente, en razón de no existir acuerdo con el contratista.

"El acta de liquidación fue levantada el día 16 de junio de 1987, arrojando un saldo a favor del Municipio de trescientos ochenta y tres mil seiscuentos diecinueve pesos con 56/100 ($383.619.56) por concepto de amortizacón de anticipo; así quedó estipulado en el numeral 36 de dicha acta y en el Anexo No. 6 denominado BALANCE FINAL DEL CONTRATO.

"El acta de liquidación mencionada, en su numeral 37, procede a hacer un ajuste de valor, que por concepto de amortización de anticipo resultó a favor de Municipio de Cali, teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor y los intereses legales. La suma de $383.619.56 en su valor actualizado a la fecha de la liquidación ascendió a la suma de $2.168.036.04.

"Esta acta en su numeral 38 declara no estar de acuerdo con el pago de ningún valor por concepto de indemnización al contratista "toda vez que el H. Consejo

de Estado lo que ordenó fue la liquidación del contrato por vencimiento del plazo pactado, es decir, no condenó al MUNICIPIO DE CALI a pagar ningún tipo de perjuicio al contratista".

"Queda pues así claro, que el resultado final de la liquidación del contrato VM-DT-05-79 arroja la cifra de $2.168.036.04 como deuda de Ricardo García López al Municipio de Cali, Departamento Administrativo de Valorización Municipal. (El acta de liquidación se aporta involucrada dentro de la Resolución demandada).

"OCTAVO: La administración, una vez elaborada el acta de liquidación final del contrato, dictó la resolución No. A-187 de agosto 31/87, "por medio de la cual se tiene por firme la liquidación final del contrato VM-DT-05-79 y notificó a las partes interesadas: El contratista y la aseguradora.

"La resolución mencionada, en su artículo segundo, ordena: "Hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 11-403.147 otorgada el 02 de julio de 1979 por la Compañía Nacional de Seguros, a favor del Municipio de Cali, Departamento Administrativo de Valorización Municipal en la cuantía pertinente de acuerdo a la liquidación final del contrato".

"Teniendo en cuenta lo descrito en el 'hecho' anterior sobre los resultados de la liquidación del contrato, la obligación a cargo de Ricardo García es por un saldo pendiente de la amortización del anticipo, y no por incumplimiento del contrato. Sin embargo, la administración ordena hacer efectiva la póliza que garantizaba el cumplimiento del contrato, olvidando que algunos de los elementos esenciales para que surja la obligación de pago del valor asegurado, son: **La ocurrencia del siniestro, la vigencia de la póliza y que el siniestro ocurra dentro de tiempo de vigencia.** Las pólizas otorgadas para garantizar el cumplimiento del contrato VM-DT-01-79, tal como quedó expresado en el 'hecho' segundo, terminaron su vigencia en junio 28 de 1980.

"Además, hay que destacar lo siguiente: La póliza No. 11-403.147, que la administración pretende hacer efectiva, es la misma que, tal como quedó relatado en los 'hechos' tercero y cuarto, ya había sido cancelada por mi mandante en 1981, con la cual quedaba a paz y salvo en todo lo concerniente a ese siniestro; el riesgo asegurado era el cumplimiento del contrato.

"En el mismo artículo segundo se establece la cantidad que debe cancelar a la compañía aseguradora, mi mandante y para ello se especifica que "a la suma que se ordena hacer efectiva se imputará la cantidad de $1.318.316.oo que la 'Compañía Nacional de Seguros' canceló al Municipio, en virtud de lo dispuesto en la resolución No. 147-A de mayo 22 de 1980. Esto por cuanto la misma póliza garantizaba todo lo atinente al cumplimiento del contrato".

"La operación ordenada es:

$2.168.036.04
–1.318.316.10
+ 849.719.94

"Como expliqué atrás, la cantidad de $2.168.036.04 corresponde al valor actualizado más los intereses del saldo a favor del Municipio, según la liquidación del contrato de precios de mayo de 1980, fecha en la cual terminó el plazo contractual; y ese saldo asciende a $338.619.56 del cual dice la resolución demandada en el artículo primero, anexo 6, página 43: "Este valor deberá ser llevado a valor presente, es decir a junio de 1987 para conocer el verdadero valor final de esta liquidación".

"Pero en cambio, la suma de $1.318.316.10 pagada por la aseguradora en 1981 se ordena imputarla a la partida anterior, pura y limpia; sin agregarle ni quitarle nada; sin intereses y sin llevarla a su valor presente. Como si el fenómeno económico de la devaluación pudiera interesar únicamente a la oficina de valorización. Cosas así, caen bajo la graciosa denominación de 'ley del embudo'.

"Entonces, mejorando un poco la cuestión matemática relativa al fenómeno económico de la devaluación, se le puede dar el mismo tratamiento a la suma que pagó la aseguradora ($1.318.316.10) en 1981, llevándola a su valor presente; utilizando los mismos índices que empleó el Departamento de Valorización Municipal se llega a una cifra aproximada a los $7.400.000.oo.

"De tal forma, en el supuesto caso de que en la actualidad debiera hacerse efectiva la póliza de cumplimiento, en la cuantía liquidada por Valorización Municipal, se tendrá que:

"La operación ordenada será:

$2.168.036.04
–7.400.000.oo
–5.231.936.96

"Este sí sería el verdadero valor final de la liquidación, en el supuesto que mencioné antes; porque la verdad es que la sentencia del H. Consejo de Estado no da lugar a que se cobre siniestro por incumplimiento de contrato; de tal manera que a la aseguradora le corresponde recuperar el valor pagado por un siniestro que no ocurrió; y la restitución habrá de ser en su valor actualizado.

"NOVENO: Estando dentro del término, mi mandante interpuso recurso de reposición el día 15 de septiembre de 1987, el cual, mediante la Resolución No. A-252 de octubre 14/87 fue contestado negativamente, decidiendo no reponer la Resolución No. A-187 de agosto 31 de 1987, la cual es objeto de esta demanda. (Se aporta al proceso copia auténtica de la Resolución No. A-252 de octubre 14/87, la cual quedó notificada por edicto en noviembre 8/87).

"DECIMO: La resolución demandada, en su artículo segundo, estipula: "Hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 11-403.147 otorgada el 02 de julio de 1979 por la Compañía "Nacional de Seguros", a favor...". Pero se tiene que la póliza reclamada fue otorgada por la Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., una persona jurídica diferente, tal como se comprueba con el certificado de la Superintendencia Bancaria. (Se aporta certificado de la Superintendencia Bancaria)" (fls. 213 a 217 C. 1).

3.– Según la Sociedad demandante, la resolución A-187 de 31 de agosto de 1987 de la Alcaldía Municipal de Cali, quebranta los artículos 174 del C.C.A., 1746 y 2313 del C.C. y 498 del Código Fiscal de Cali.

4.– De la contestación que el municipio de Cali dio a la demanda, vale la pena extractar lo siguiente:

"... no fue en la Resolución 147-A de 1980 en la que se hicieron efectivas las pólizas del contrato VM-DT-05-79, sino en una resolución independiente la No. 177-A de junio 23 de 1989, la cual no fue materia de demanda y en la que además se hacen efectivas tanto la póliza de cumplimiento, como la que garantiza el manejo del anticipo.

"De hacerse énfasis en este punto, respecto al comentario expuesto por la demandante del riesgo asegurado por la póliza de cumplimiento, en lo atinente a que ese riesgo asegurado como ella misma lo expresa, es el cumplimiento del contrato en todos sus aspectos y no es requisito indispensable una declaratoria de caducidad para hacer efectivas dichas pólizas, sino la exigencia por parte del Municipio del cumplimiento de una obligación que surja en virtud del contrato" (fl. 233 C. 1).

"..."

"... el hecho de que dentro del recibo de indemnización de pago de la póliza obre la constancia de que la Nacional queda a paz y salvo en todo lo que concierne a este siniestro, no obstaba para el Municipal de Cali pudiera exigirle posteriormente cualquier suma que resultare en exceso en virtud de la liquidación final del contrato, por cuanto tal condición se fijó expresamente en la resolución No. 177-A del 22 de junio de 1980, que hizo efectivas las pólizas de anticipo y cumplimiento, artículo segundo".

"... el haber ordenado la máxima corporación de lo contencioso la liquidación del contrato por vencimiento del término, no impide el que puedan resultar posteriormente obligaciones a cargo de las partes en virtud del contrato y que deban hacerse exigibles como consecuencias de la liquidación final del contrato" (fl. 234 C. 1).

"..."

"... el Municipio de Cali no podía restituir suma alguna de dinero a la Compañía de Seguros garante del contrato, sino una vez establecidas y liquidadas mediante el acta de liquidación final del contrato las obligaciones a cargo de ambas partes, en cumplimiento de la providencia del Honorable Consejo de Estado" (fl. 235 C. 1).

"..."

"Igualmente, debo manifestar sobre lo expresado por la actora en este hecho, respecto a que la póliza de cumplimiento terminó su vigencia el 28 de junio de 1980, que el contrato en su cláusula décima octava es determinante al establecer que la póliza de cumplimiento solo podía ser cancelada o sea perder vigencia, después de haber llenado los requisitos de: a) liquidación del contrato aprobada por Valorización Municipal, b) constancia firmada por el ingeniero interventor de la obra y por el Ingeniero Jefe de la Sección de la Interventoría de la misma oficina, de que el contratista cumplió con todas las obligaciones estipuladas en el presente contrato y c) otorgamiento de la garantía de estabilidad de la obra. Como salta prácticamente a la vista, tales requisitos todavía no se encuentran cumplidos. Es más, las resoluciones reglamentarias de Contraloría Municipal, son expresas al indicar que solo se encuentran cumplidas las obligaciones surgidas de un contrato, cuando las estipulaciones del contrato y cancelado las obligaciones económicas a su cargo.

"De otra parte, en cuanto a la actualización del valor resultante de la liquidación del contrato a cargo del contratista es necesario precisar, que por tratarse de una liquidación que se efectúa en 1987, pero con precios de 1981, es obvio que para conocer su valor final debe hacerse la corrección monetaria entre el año que debió haberse realizado la liquidación (1981) y el año en que realmente se está realizando.

"Dicha actualización de precios no puede entenderse como una condena a ninguna de las partes contratantes, sino en que su liquidación se hace independientemente de quien resulte favorecido con ella, es decir, que en todos los casos debe realizarse dicho ajuste.

"Además, no era viable actualizar la suma de dinero entregada inicialmente al Municipio por la aseguradora, debido a que fue pagada y liquidada en su momento y cubría un siniestro diferente, originado en una caducidad y no en sumas adeudadas como resultado de una liquidación final" (fls. 237 a 238 C. 1).

El Municipio demandado propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda (fls. 232-243 del C. 1).

5.– En los alegatos de conclusión de la primera instancia, la apoderada judicial de la demandante manifestó que, en el curso del proceso, se habían probado todos los hechos de la demanda sin que el Municipio hubiese logrado desvirtuarlos; insistió en la pérdida de vigencia de las pólizas de garantía; precisó que no se deben confundir las obligaciones de las partes con las del garante, pues "... La terminación del contrato por vencimiento del plazo y la existencia de una presunta obligación en cabeza del contratista, no configuran un siniestro. Si se tiene en cuenta el principio plasmado en la sentencia del 9 de marzo de 1988, expediente 4913, consejero ponente Dr. Antonio José de Irisarri: "b) Frente a los riesgos del contrato administrativo, amparados por el de seguro de que se incorpora, **el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su ocurrencia;** el solo aspecto fáctico no es suficiente para su estructuración" (El subrayado es mío). En el caso presente, no existe un acto administrativo que haya declarado la ocurrencia del siniestro; existe solo un hecho, este es, un saldo establecido en la liquidación final del anticipo; la resolución No. A-187 de agosto 31 de 1987, la demandada, deja en firme la liquidación y ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento. Pero, para hacer efectiva una póliza, debe anteceder una declaración del siniestro, siempre y cuando este haya ocurrido dentro de la vigencia de la misma"; y aclaró que "... todo lo concerniente al anticipo estaba amparado con la póliza No. 11-406, cuya vigencia expiró el 28 de junio de 1980" (fls. 299-304 del C. 1); el demandado reiteró los argumentos que había expuesto al contestar la demanda (fls. 305-313).

El Tribunal apoyó su decisión en consideraciones de este orden:

> "El acto que se enjuicia es un acto **contractual,** es decir no separable del contrato, es un acto tomado por la administración en forma unilateral para la liquidación del **convenio,** constituye una consecuencia de él y por lo tanto es imposible predicar su existencia independientemente. Estas condiciones especiales permiten afirmar que la impugnación solamente puede realizarse a través de la acción contractual la cual posee un procedimiento especial consignado en el art. 217 y ss del C.C.A. y no por medio de la acción de restablecimiento del derecho la cual se desarrolla mediante el procedimiento ordinario" (fl. 328 a 329 C. 1).

7.– En el recurso de apelación (fls. 331-335) se hace notar los cambios jurisprudenciales en cuanto a la acción procedente frente a los actos contractuales y se reclama una decisión de fondo conforme con las pretensiones planteadas.

8.– No hubo alegatos de las partes en la Segunda Instancia. El concepto fiscal estima que se debe proferir fallo de fondo sobre la base de estas consideraciones:

> "6.– De conformidad con la parte motiva de la resolución atacada, a cargo del contratista queda un saldo de $383.619.56, por amortización del anticipo que, actualizada a mayo de 1987, más intereses del 6% anual, suma $2.168.036.04.

"La motivación del acto impugnado no determina que la causa de la liquidación del contrato obedezca a incumplimiento del mismo por parte del contratista. Simplemente, se limita a transcribir el acta de junio 6 de 1987, contentiva de la liquidación final, donde se deduce a cargo del contratista un saldo actualizado de $2.168.036.04 por amortización de anticipo.

"Dicho saldo, en opinión de esta Fiscalía, no es correcto. Porque si en la liquidación final del contrato la administración determina una partida a cargo del contratista de $383.619.56 por amortización del anticipo, esta suma ha debido deducirse de $1.318.316.10 cancelados por la aseguradora desde mayo 12 de 1981, con ocasión de la resolución de caducidad que, a la postre, anuló el Consejo de Estado.

"Tal como se dispuso en el acto demandado, la resolución que declaró la caducidad del contrato seguiría produciendo efectos, no obstante que la nulidad del acto obliga a restablecer las cosas al estado en que se hallaban cuando se expidió el acto nulo (art. 1746 C. Civil).

"La suma de $383.619.56 que se determinó en la liquidación final del contrato a favor de la administración corresponde a amortización del anticipo. Mal podría entonces, dársele un alcance diferente, si se tiene en cuenta que la administración, al ordenar la liquidación por vencimiento del plazo, tampoco puede deducir pretensiones indemnizatorias.

"No se discute que, en virtud de la liquidación final se determine a cargo del contratista un saldo de $383.619.56 por concepto de amortización del anticipo. Lo que no es de recibo es que dicha suma sea actualizable y que, en cambio, la que le retuvo a la aseguradora garante del contrato, no goce del mismo beneficio.

"Si la actualización del saldo a cargo del contratista se hizo con fundamento en que se trataba de una liquidación practicada en 1987, no se ve la razón para negar la actualización de la suma que la aseguradora canceló desde el 12 de mayo de 1981, en orden a conservar un principio de igualdad y de equilibrio económico. Lo contrario se traduciría en un enriquecimiento sin causa en favor de la administración, con el correlativo empobrecimiento del deudor.

"No obstante, como la responsabilidad de la aseguradora se extiende hasta el pago del siniestro (a. 69 Dec. 222/83, esta Fiscalía conceptúa que se debe revocar la sentencia apelada y, en su lugar, negar la petición primera de la demanda. En consecuencia, disponer que se modifique el artículo 2o. de la resolución impugnada, en el sentido de hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 11.403.147 de julio 2 de 1979, otorgada por la Nacional de Seguros, hasta la suma de $383.619.56, deducibles de $1.318.316.10 que la aseguradora canceló en mayo 12 de 1981. La diferencia, o sea $924.696.54, deberá restituirsele a la actora, debidamente actualizada y con intereses técnicos" (fls. 360 a 362 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

1.– No hay duda de que el acto acusado, resolución A-187 del 31 de agosto de 1987 proferida por la Alcaldía Municipal de Cali, por virtud de la cual dicha entidad pública, procedió a liquidar unilateralmente el contrato VM-DT-05-79, es un acto contractual de aquellos que, con antelación a la vigencia de la ley 80 de 1993, se estimaban inseparables del contrato.

Estos actos, según lo dedujo finalmente la jurisprudencia de la Sala, únicamente resultaban cuestionables a través de las acciones contractuales previstas en el artículo 87 del C.C.A.; al contrario de los denominados actos separables del contrato que lo eran por medio de las acciones de nulidad simple (artículo 84 del C.C.A.) o de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 ibídem) o, incluso, por medio de una contractual (artículo 87).

Sin embargo, para llegar a esta conclusión fue menester transitar un difícil camino en cuya construcción no existía seguridad respecto de la acción procedente frente a los actos contractuales de una y otra clase; y ni siquiera en relación con los actos que se debían clasificar como separables y como no separables.

En esas condiciones no es ni jurídico ni justo, sancionar con demanda inepta aquella que escogió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a un acto contractual no separable del contrato, en una época en que no existía claridad legal ni jurisprudencial sobre el particular.

Lo anterior conduce a concluir que se debe revocar el fallo inhibitorio pronunciado en la primera instancia para abordar el examen de fondo de las pretensiones.

2.– Del expediente se deducen, como probados, los siguientes hechos:

a.– El 31 de mayo de 1979, el municipio de Cali y Ricardo García López celebraron el contrato codificado como VM-DT-05 con el objeto de ejecutar, a precios unitarios fijos, las obras necesarias para la pavimentación, alcantarillado, acueducto, infraestructura de energía y teléfonos, y obras complementarias de la Avenida Pasoancho (Sector I), y la construcción de dos puentes sobre el río Meléndez (cláusula primera del contrato, fls. 1 vto. del C. 1).

b.– El 22 de mayo de 1980, mediante la resolución No. 147-A, el alcalde municipal de Cali declaró la caducidad del contrato, invocando la incapacidad financiera del contratista, y ordenó hacer efectiva la cláusula penal y "la póliza de cumplimiento No. 11.403.147 otorgada por la compañía de seguros 'La Nacional'" (fls. 178-179 del C. 1).

c.– El 23 de junio siguiente, se profirió la resolución No. 177-A por cuya virtud se ordenó, en razón de la caducidad anterior, hacer efectivas "las pólizas Nos. 11.403.146

y 11.403.147 que garantizan respectivamente el anticipo y cumplimiento del contrato VM-DT-05/79 y que fueron otorgadas por la compañía 'La Nacional de Seguros' Sucursal de Cali (fls. 180 y 181 del C. 1).

d.– El 12 de mayo de 1981, la aseguradora canceló, con fundamento en la póliza 11.403.147, al municipio de Cali, la suma de $1.318.316.oo (fls. 183 y 184 y hecho 4o. de la demanda).

e.– El 4 de diciembre de 1986, **sobre demanda instaurada por Ricardo García López** esta Sala, con ponencia del señor Consejero Jorge Valencia Arango, declaró nula, en su totalidad, "la resolución No. 147-A de mayo 22 de 1980, originaria de la Alcaldía Municipal de Cali, por la cual se declaró la caducidad del contrato de obra..." y ordenó su liquidación, por vencimiento del plazo pactado (fls. 120-149).

f.– En adelante, la actora reclamó en diversas oportunidades la devolución de los dineros que había cancelado en razón de la resolución de caducidad anulada ante esta jurisdicción.

g.– Luego de varias tentativas infructuosas tendientes a lograr, de común acuerdo entre las partes, la liquidación del contrato ordenada en el fallo citado, la alcaldía municipal de Cali produjo la resolución A-187 del 31 de agosto de 1987, por cuya virtud dicha liquidación se hizo de modo unilateral (fls. 14-59 del C. 1); en ella, luego de advertir que, para esa época, las obras están terminadas; de hacer el historial del contrato y de su ejecución accidentada, de la resolución de caducidad y de la decisión jurisdiccional sobre la misma, reseña los desembolsos hechos por la entidad pública y las cantidades de obra construídas por el contratista, las sumas entregadas a cuenta de anticipo sobre el valor del contrato y su amortización parcial, y concluye que existe un saldo a favor del municipio de $383.619.56 "a precios de mayo de 1980, fecha en la cual se terminó el plazo del contrato"; este valor que corresponde a saldos insolutos del anticipo recibido por el contratista, actualizado a mayo de 1987, con fundamento en los índices de precios al consumidor certificados con fundamento en los índices de precos al consumidor certificados por el DANE, arroja una suma de $1.588.407.48; más los intereses del 6% anual ($579.628.56), totaliza, para esa fecha, la suma de $2.168.036.04, en favor del Municipio.

De esta suma, a términos de la liquidación, hay que deducir $1.318.316 que la compañía aseguradora había cancelado por razón de la declaratoria de caducidad del contrato.

Con estas precisiones, la mentada resolución, dispuso "haber efectiva la póliza de cumplimiento No. 11.403.147 otorgada el 2 de julio de 1974 por la compañía "Nacional de Seguros", a favor del Municipio de Cali, Departamento Administrativo de Valorización Municipal.

h.– Interpuesto el recurso de reposición (fls. 97-102), fue resuelto desfavorablemente por la resolución A-252, el 14 de octubre de 1987 (fls. 107-115).

i.– El 15 de enero de 1988, la Sección de Ejecuciones Fiscales del Departamento Administrativo de Valorización Municipal del Municipio Santiago de Cali, libró, en contra de la demandante y por la vía ejecutiva, orden de pago por la suma de $849.720.04 (fls. 244-245).

3.– Demuestra lo anterior que la actora canceló al Municipio de Cali, la suma de $1.318.316, sobre la base de que se había configurado el siniestro de incumplimiento concretado en la declaración de caducidad administrativa del contrato; esta decisión, sin embargo, fue posteriormente anulada por esta Corporación.

La relación de dependencia directa entre tales fenómenos es indiscutible; por el incumplimiento del contratista se declara la caducidad del contrato; **con fundamento en ella** se hace efectiva la póliza por medio de la cual la demandante garantizó al contratista en su cumplimiento contractual; es decir, que faltando la declaración de caducidad, la exigencia de la garantía no era posible pues aquella medida era el presupuesto de ésta.

Esa concatenación causal conduce a concluir que, desaparecida la causa (anulación de la declaratoria de caducidad) debe desaparecer el efecto (cobro de garantía), pues no es ni lógico, ni jurídico, ni justo que se haga producir efectos a una declaración de caducidad que ha sido judicialmente anulada; y esto es así, no solamente por los efectos retroactivos que tiene la declaración de nulidad de los actos administrativos, sino también, porque su fuerza ejecutoria se pierde "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho", según lo enseña el artículo 66 del C.C.A.

Precisamente con el objeto de volver las cosas a su lugar original, la sentencia comentada ordenó la liquidación del contrato; y, como en ella no se cumplieron los mandamientos del juzgador, es preciso ordenar la devolución de los dineros indebidamente cobrados y pagados, actualizados pero sin lugar a intereses por cuanto, en lo que a esta suma se refiere, no se pidieron (segunda pretensión).

Para estos efectos se dará aplicación a la fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{índice final,}}{\text{índice inicial}} \text{, o sea,}$$

$$Ra = 1.318.316 \frac{363.56}{20.01} = 23.063.028$$

4.– En claro lo anterior, es del caso analizar el acto de liquidación cuestionado en este proceso; en él se deduce, en favor del Municipio de Cali y con cargo al contratista, la suma de $383.619.56, que corresponde a valores no amortizados del anticipo con que se había beneficiado; la cifra actualizada (para la fecha de liquidación) y sumada a los intereses legales del 6% anual, totaliza $2.168.036.04. Esta deducción no se contro-

vierte; la litis está centrada en la orden de hacer efectiva la póliza de garantía No. 11.403.147 otorgada por la demandante para garantizar el cumplimiento del contrato. Sobre dos puntos esenciales gira la discusión:

a.– Si la póliza que se debió comprometer era la No. 11.403.147, por medio de la cual se garantizaba el cumplimiento del contrato, o la No. 11-403.146, tendiente a "garantizar la correcta inversión del anticipo".

b.– Si se podía hacer exigible una póliza cuya vigencia estaba vencida.

Aparece establecido que, de conformidad con la resolución 135 FF de junio 27 de 1979, emanada de la Contraloría Municipal (fls. 150 - 151) y la cláusula décima octava del contrato, el contratista constituyó tres clases de garantías, todas ellas con la demandante, a saber:

– Póliza No. 11-403.147, que garantizaba el cumplimiento del contrato, con una vigencia de un año que comenzó el 28 de junio de 1979 es decir, hasta el 28 de junio de 1980, por un valor de $2.723.793.76.

– Póliza No. 11-403.146, con igualdad período de vigencia, constituida para garantizar la correcta inversión del anticipo por un valor asegurado de $6.809.484.40 (fls. 160).

– Póliza No. 11-403.146, con vigencia entre el 28 de junio de 1979 y el 13 de junio de 1982, que amparaba el pago de las prestaciones sociales a obreros y empleados, por un valor de $1.702.371.10.

La resolución A-187 de agosto 31 de 1987, cuya nulidad aquí se solicita, ordenó hacer efectiva la póliza 11.403.147 que amparaba el riesgo del incumplimiento del contrato y cuya vigencia había finalizado el 28 de junio de 1980.

Resulta claro, entonces, que si bien la incorrecta inversión de anticipo puede tomarse, genéricamente, como incumplimiento del contrato, para el caso específico y de acuerdo con exigencias legales, esta precisa forma de incumplimiento contractual estaba protegida por una garantía específica concretada en la cláusula No. 11.403.146, sobre la cual se debió disponer la reclamación del municipio; si las cosas no funcionasen de la manera que se acaba de precisar, carecería de sentido la disposición del artículo 1047 del Código de Comercio en el ordinal 9o., cuando exige que la póliza de seguro debe expresar "los riesgos que el asegurador toma a su cargo"; la circunstancia de que fuese la misma aseguradora quien tomó a su cargo los diferentes riesgos, no cambia para nada esta situación, pues la protección de cada uno de ellos constituyen contratos independientes que no se pueden mezclar por la simple identidad de las partes contratantes; piénsese, sino, en el evento de que el contratista, por su propia decisión, hubiese constituido las diversas pólizas con aseguradoras distintas.

i.– El 15 de enero de 1988, la Sección de Ejecuciones Fiscales del Departamento Administrativo de Valorización Municipal del Municipio Santiago de Cali, libró, en contra de la demandante y por la vía ejecutiva, orden de pago por la suma de $849.720.04 (fls. 244-245).

3.– Demuestra lo anterior que la actora canceló al Municipio de Cali, la suma de $1.318.316, sobre la base de que se había configurado el siniestro de incumplimiento concretado en la declaración de caducidad administrativa del contrato; esta decisión, sin embargo, fue posteriormente anulada por esta Corporación.

La relación de dependencia directa entre tales fenómenos es indiscutible; por el incumplimiento del contratista se declara la caducidad del contrato; **con fundamento en ella** se hace efectiva la póliza por medio de la cual la demandante garantizó al contratista en su cumplimiento contractual; es decir, que faltando la declaración de caducidad, la exigencia de la garantía no era posible pues aquella medida era el presupuesto de ésta.

Esa concatenación causal conduce a concluir que, desaparecida la causa (anulación de la declaratoria de caducidad) debe desaparecer el efecto (cobro de garantía), pues no es ni lógico, ni jurídico, ni justo que se haga producir efectos a una declaración de caducidad que ha sido judicialmente anulada; y esto es así, no solamente por los efectos retroactivos que tiene la declaración de nulidad de los actos administrativos, sino también, porque su fuerza ejecutoria se pierde "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho", según lo enseña el artículo 66 del C.C.A.

Precisamente con el objeto de volver las cosas a su lugar original, la sentencia comentada ordenó la liquidación del contrato; y, como en ella no se cumplieron los mandamientos del juzgador, es preciso ordenar la devolución de los dineros indebidamente cobrados y pagados, actualizados pero sin lugar a intereses por cuanto, en lo que a esta suma se refiere, no se pidieron (segunda pretensión).

Para estos efectos se dará aplicación a la fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{índice final,}}{\text{índice inicial}} \text{, o sea,}$$

$$Ra = 1.318.316 \frac{363.56}{20.01} = 23.063.028$$

4.– En claro lo anterior, es del caso analizar el acto de liquidación cuestionado en este proceso; en él se deduce, en favor del Municipio de Cali y con cargo al contratista, la suma de $383.619.56, que corresponde a valores no amortizados del anticipo con que se había beneficiado; la cifra actualizada (para la fecha de liquidación) y sumada a los intereses legales del 6% anual, totaliza $2.168.036.04. Esta deducción no se contro-

vierte; la litis está centrada en la orden de hacer efectiva la póliza de garantía No. 11.403.147 otorgada por la demandante para garantizar el cumplimiento del contrato. Sobre dos puntos esenciales gira la discusión:

a.– Si la póliza que se debió comprometer era la No. 11.403.147, por medio de la cual se garantizaba el cumplimiento del contrato, o la No. 11-403.146, tendiente a "garantizar la correcta inversión del anticipo".

b.– Si se podía hacer exigible una póliza cuya vigencia estaba vencida.

Aparece establecido que, de conformidad con la resolución 135 FF de junio 27 de 1979, emanada de la Contraloría Municipal (fls. 150 - 151) y la cláusula décima octava del contrato, el contratista constituyó tres clases de garantías, todas ellas con la demandante, a saber:

– Póliza No. 11-403.147, que garantizaba el cumplimiento del contrato, con una vigencia de un año que comenzó el 28 de junio de 1979 es decir, hasta el 28 de junio de 1980, por un valor de $2.723.793.76.

– Póliza No. 11-403.146, con igualdad período de vigencia, constituida para garantizar la correcta inversión del anticipo por un valor asegurado de $6.809.484.40 (fls. 160).

– Póliza No. 11-403.146, con vigencia entre el 28 de junio de 1979 y el 13 de junio de 1982, que amparaba el pago de las prestaciones sociales a obreros y empleados, por un valor de $1.702.371.10.

La resolución A-187 de agosto 31 de 1987, cuya nulidad aquí se solicita, ordenó hacer efectiva la póliza 11.403.147 que amparaba el riesgo del incumplimiento del contrato y cuya vigencia había finalizado el 28 de junio de 1980.

Resulta claro, entonces, que si bien la incorrecta inversión de anticipo puede tomarse, genéricamente, como incumplimiento del contrato, para el caso específico y de acuerdo con exigencias legales, esta precisa forma de incumplimiento contractual estaba protegida por una garantía específica concretada en la cláusula No. 11.403.146, sobre la cual se debió disponer la reclamación del municipio; si las cosas no funcionasen de la manera que se acaba de precisar, carecería de sentido la disposición del artículo 1047 del Código de Comercio en el ordinal 9o., cuando exige que la póliza de seguro debe expresar "los riesgos que el asegurador toma a su cargo"; la circunstancia de que fuese la misma aseguradora quien tomó a su cargo los diferentes riesgos, no cambia para nada esta situación, pues la protección de cada uno de ellos constituyen contratos independientes que no se pueden mezclar por la simple identidad de las partes contratantes; piénsese, sino, en el evento de que el contratista, por su propia decisión, hubiese constituido las diversas pólizas con aseguradoras distintas.

Sobre la base anterior, claro es que la póliza de garantía únicamente podía ser exigible durante el término de vigencia y no ocho años después como efectivamente ocurrió; carecen de validez sobre el particular, los argumentos que esgrime el demandado en relación con la cláusula 18o. del contrato en cuanto señala ciertas condiciones para la cancelación de la garantía de cumplimiento, pues no era ésta la que se podía haber comprometido en este caso.

En estas condiciones, no hay duda de que el artículo 2o. de la resolución A-187 de agosto 31 de 1987, está afectado de nulidad.

5.– Sin embargo, no se puede ordenar la devolución de los valores que figuran a cargo del contratista en el acto de liquidación, de un lado porque no está probado en el proceso que la aseguradora los haya cancelado efectivamente, y, de otro, por que dicha petición no se formula en la demanda.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE el fallo apelado.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad del artículo 2o. de la resolución A-187 de agosto 31 de 1987, expedida por la Alcaldía Municipal de Cali.

TERCERO: CONDENASE al Municipio de Cali a pagar a la Nación –Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.–, la suma de VEINTITRES MILLONES SESENTA Y TRES MIL VEINTIOCHO PESOS MONEDA CORRIENTE ($23.063.028.oo), la cual devengará intereses comerciales durante los seis meses posteriores a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de esa fecha.

CUARTO: DENIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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 POR OMISION–Inexistencia/**FALLA DEL SERVICIO POR OMISION**–Derrumbe/**VILLA TINA**

La tragedia que se presentó en 1987 en el barrio Villatina, no fue un deslizamiento de tierra originado en el sector donde estaban construidas las viviendas que resultaron afectadas, sino que lo sucedido fue un desprendimiento de tierra de una zona ajena a aquella donde se depositó esa masa de tierra, distante a 300 metros de longitud y 150 de altura, del sector afectado, y que además no estaba catalogada como de alto riesgo. Ninguna actividad de la administración hubiera podido evitar que esa masa de tierra se desprendiera y tapara un sector del barrio Villatina, no existía ningún estudio que previera la posibilidad de que ocurriera tal desprendimiento, no existía ningún medio por el cual la administración pudiera preveer la ocurrencia de tal fenómeno. No existían estudios geológicos de esa zona, ni los mismos moradores de la región habían evidenciado que podía ocurrir tal desprendimiento. No se encuentra demostrada una omisión en el cumplimiento de alguna función que tuviera la demandada y que hubiera podido evitar el derrumbe. De otro lado, no fue el municipio de Medellín el que construyó el barrio Villatina o dio permiso para su construcción, es abundante la prueba que da cuenta de que ese asentamiento humano se formó por invasión, y que si el municipio proporcionó algunos servicios públicos a sus habitantes, fue solo con el ánimo de mejorar su situación. No se puede entrar a sancionar por un hecho de la naturaleza a una administración cuya única conducta fue tratar de remediar un problema social frente a los invasores de ese barrio, a quienes ha tratado de ayudar proporcionándoles servicios públicos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8930. Actor: María Elena Zabala Betancur. Demandada: Minobras Públicas y Transporte Municipio de Medellín.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de fecha 2 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Plena, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o.- Lo que se demanda.

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el 27 de septiembre de 1989, la señora María Elena Zabala Betancur, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formuló demanda en contra de la Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transportes y del Municipio de Medellín, para que fueran declaradas administrativamente responsables de los perjuicios morales que sufrió con la muerte de su hija menor Mariluz Usaga Zabala, ocurrida el 27 de septiembre de 1987, con ocasión del derrumbe en el barrio Villatina de la ciudad de Medellín.

Como consecuencia de esa declaración, pretende que se le indemnice los perjuicios morales que sufrió con el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino.

2o.- Los hechos.

Para fundamentar las pretensiones se narraron los hechos que en síntesis, dicen:

La señora María Elena Zabala, vivía con su hija Mariluz Usaga, desde el año de 1981, en la carrera 15A del barrio Villatina, de la ciudad de Medellín, en una casa de habitación, dotada adecuadamente de los servicios públicos de agua y luz.

El 27 de septiembre de 1987, al ser sepultada por un alud de tierra, murió en esa casa de habitación la menor Mariluz Usaga.

El derrumbe se produce con ocasión de un desprendimiento de tierra del denominado Cerro Pan de Azúcar, asentamiento oriental del barrio San Anton+io parte alta del barrio Villatina, situado en el sector nororiental de la ciudad de Medellín.

En la zona del Cerro Pan de Azúcar ya se habían sucedido otros desprendimientos de tierra, en los años de 1953, 1980 y 1983 y eran varias las advertencias hechas a la administración municipal y al gobierno nacional sobre el riesgo que representaba el sector, dadas las características geológicas del terreno donde se encontraba el asentamiento humano de Villatina.

La falla en el servicio.

Se pretende responsabilizar a las demandadas por la muerte de la menor Mariluz Usaga Zabala en la tragedia de Villatina en 1987, como consecuencia de la omisión en que incurrieron al no haber prestado la más mínima atención a la zona de influencia del Cerro Pan de Azúcar, al permitir asentamientos humanos indiscriminadamente en la zona, a pesar del proceso erosivo que presentaba y de los antecedentes de derrumbes que se habían dado.

3o.– Actuación procesal.

La demanda que se presentó en el límite del vencimiento del término de caducidad, fue admitida en auto de 9 de octubre de 1989. Las demandadas contestaron oportunamente a través de apoderadas judiciales, por medio de los escritos que reposan a folios 28 a 30 y 36 a 41 del expediente.

El Mininisterio de Obras Públicas y Transporte dijo en relación con la mayoría de los hechos que se atenía a lo que se probara dentro del proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló dos excepciones: La primera la denominó **"inexistencia de causalidad"**, la cual explicó en el sentido de que los presuntos daños por los cuales se reclama no le podían ser atribuidos, por cuanto de acuerdo a disposiciones vigentes, la prevención de siniestros como el ocurrido en el barrio Villatina de la ciudad de Medellín, no corresponde a la Nación a través del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, dado que el hecho ocurrido se presentó dentro del perímetro urbano de la ciudad de Medellín y por consiguiente las obras que presuntamente debieron adelantarse para prevenir y evitar el siniestro eran competencia del orden municipal.

La otra excepción fue la de culpa de la víctima porque de la lectura de los hechos de la demanda se desprende que la víctima conocía perfectamente los riesgos que corría al habitar en el barrio Villatina, dadas las condiciones geológicas que presentaba el terreno sobre el cual se encontraba asentado.

El municipio de Medellín por su parte, pidió que se negaran las súplicas de la demanda, por cuanto no había incurrido en ninguna omisión de la cual pudiera derivarse responsabilidad por los hechos consignados en la demanda. No se infería ninguna falla en el servicio. Pidió la práctica de algunas pruebas y para su defensa se remitió al informe técnico elaborado por funcionarios vinculados a planeación metropolitana.

Cerrado el debate probatorio, el *a-quo* corrió traslado por 10 días para alegar. La parte actora guardó silencio. El Ministerio Público y las demandadas presentaron sendos memoriales, visibles a folios 121 a 145 del expediente.

El municipio de Medellín manifestó que no podía imputársele responsabilidad por cuanto en el proceso había quedado demostrado que el deslizamiento ocurrió como

consecuencia de la acción depredadora del hombre: que fueron las quemas, talas y cultivos domésticos los factores determinantes que llevaron a la ocurrencia de los hechos, y no una conducta omisiva de su parte. Nuevamente se refirió a que en el Decreto 15 de 1985 no se había declarado como zona de alto riesgo aquella parte del terreno de donde se desprendió el material, ni la parte donde cayó, sino que la zona que había sido declarada como de alto riesgo era la de Villatina-San Antonio, parte alta y allí no ocurrió el suceso. Aclaró que de la zona donde ocurrió la tragedia no se conocen estudios que demuestren que estos terrenos presentan fallas geológicas.

El Ministerio de Obras Públicas en su escrito de alegaciones finales expuso que las pruebas arrimadas al proceso, en ningún momento vinculaban a la Nación como directa responsable, por acción u omisión, en los hechos objeto de la demanda, por cuanto a ese ente no le correspondía prevenir ni atender siniestros por deslizamientos en zonas urbanas.

El señor agente del Ministerio Público ante el *a-quo,* estimó que debían negarse las súplicas de la demanda por cuanto al proceso no se había aportado una prueba técnica que demostrara cuáles fueron las causales del deslizamiento. Para llegar a esa conclusión se apoyó fundamentalmente en los testimonios rendidos por los ingenieros Mario Augusto Flórez Arroyave y Alberto Cárdenas Villada, expertos quienes explicaron que las causas que incidieron en la producción de la tragedia fueron de tipo geológico, hídrico y antrópico y que la tierra que se deslizó no fue aquella sobre la cual estaban construidas las casas de las víctimas, sino una perteneciente a un lote situado a mayor altura y no construido.

4o.– La sentencia apelada.

En sentencia de 2 de julio de 1993, el *a-quo* negó todas las súplicas de la demanda porque en el proceso no se había demostrado que estuviera comprometida la responsabilidad de las demandadas, en la tragedia que la originó. Se exoneró de toda responsabilidad al Ministerio de Obras Públicas y Transporte porque en el plenario quedó establecido que esa entidad no había ejecutado obra civil alguna, ni había enviado equipo al barrio Villatina, ni tampoco le correspondía expedir licencias o permisos para construcción en las zonas urbanas.

Igualmente se exoneró de toda responsabilidad al municipio de Medellín, por cuanto no se encontró prueba que lo comprometiera. Para llegar a esa conclusión se destacó que al proceso no se aportó la prueba de las condiciones geológicas del terreno. Que además, en el plenario se había establecido que el asentamiento humano se formó mediante urbanización pirata, sin que existiera constancia de que el dueño de los terrenos hubiera iniciado acción alguna tendiente a recuperarlos, o que se hubiere adelantado proceso de desalojo. También echó de menos la prueba de que la zona donde ocurrió el hecho, se encontrara en el perímetro urbano: o de que esa zona hubiera sido declarada de alto riesgo potencial de desastres naturales, por el Decreto 15 de 1985.

Se hizo especial referencia a la declaración del ingeniero Rafael Alberto Cárdenas, quien explicó que el sitio de donde se desprendió el material, es una zona ubicada a unos 300 metros de longitud y a unos 150 metros de altura, y que en dicho sitio que es un área despoblada, no se había presentado ningún movimiento de masa, ni había indicios de que allí pudiera presentarse un desprendimiento.

Salvaron su voto los magistrados Humberto Cárdenas Gómez y Gustavo García Moreno, quienes manifestaron que en la muerte de la menor sí estaba comprometida la responsabilidad del municipio de Medellín, en concurrencia con la culpa de la demandante. Para motivar su disentimiento explicaron que no era necesario, para declarar la responsabilidad de las demandadas, que en el proceso se hubiera demostrado que los propietarios de los terrenos hubieran iniciado alguna acción tendiente a recuperarlos. Agregaron que la circunstancia de que el municipio de Medellín hubiera permitido que se construyeran viviendas en semejante punto y no solamente lo hubiera permitido sino que además lo hubiera dotado de servicios públicos, en vez de haber evitado la invasión a esos terrenos, dadas las fallas geológicas que presentaban, constituye una falla en el servicio por omisión, al deber de proteger la vida de los asociados.

Así mismo, manifestaron que al hecho dañoso había contribuido la culpa de los invasores que imprudentemente se expusieron al riesgo con la invasión al Cerro Pan de Azúcar, con la construcción rudimentaria e irresponsable de viviendas.

Estuvieron de acuerdo con la exoneración del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por ser un ente ajeno a la controversia.

5o.– El recurso de apelación.

Inconforme la parte actora con esa decisión apeló, para que la sentencia fuera revocada y en su lugar se accediera a las súplicas de la demanda. Para fundamentar su recurso dijo que no estaban ajustadas a la realidad, las declaraciones de los ingenieros Rafael Alberto Cárdenas Villada y Mario Augusto Flórez Arroyave, en las cuales el *a-quo* fundamentó su decisión. Argumentó que estos declarantes se contradicen con el Decreto 15 de 1985, porque allí no figuran como de alto riesgo Villatina-San Antonio, parte alta, como ellos lo expresaron, sino Villatina parte alta, costado oriental carrera 15 por calle 56. Señaló, además, que en el proceso estaba demostrado que el sitio donde ocurrió la tragedia se formó por invasión, la cual el municipio de Medellín no sólo permitió, sino que convalidó aceptando que se dotara a dichos moradores de servicios públicos.

6o.– La actuación en esta instancia.

El término que el *ad-quem* concendió para alegar, sólo fue aprovechado por la parte actora y por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Este último insistió en

que entre sus funciones no estaban los asuntos inherentes a la prevención de deslizamientos en zonas urbanas.

La parte actora después de repetir los argumentos expuestos a lo largo del proceso, pidió que se accediera a las súplicas de la demanda, en aplicación al artículo 90 de la C. N.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia apelada debe confirmarse, por cuanto al proceso no se allegó prueba que comprometa la responsabilidad de los entes demandados, en la tragedia ocurrida en el año de 1987, en el barrio Villatina de la ciudad de Medellín.

Correspondía a la parte actora demostrar en el *sub-júdice,* la existencia de los elementos que configuran la responsabilidad estatal, a saber:

– Una acción u omisión de la administración, que constituya falla en el servicio, por incumplimiento de sus funciones.

– Un daño, y

– Una relación de causalidad entre el daño y la conducta omisiva de la administración.

En este caso la parte actora imputa responsabilidad a las demandadas en la muerte de la menor Mariluz Usaga Zabala, atribuyéndoles una conducta omisiva que como consecuencia produjo el hecho donde perdiera la vida esa menor.

Según la parte actora esa conducta omisiva se concreta a que el municipio de Medellín y la Nación Colombiana, ante numerosas y elocuentes evidencias sobre la inminencia de una tragedia como la ocurrida en el barrio Villatina en el mes de septiembre de 1987, permitieron tácita y explícitamente asentamientos humanos indiscriminados en zonas de alto riesgo potencial, donde corre grave peligro la vida de sus moradores. Muy escasa resultó la prueba aportada por la parte actora con miras a demostrar los supuestos de hecho en que fundamenta la demanda.

Asegura la parte actora que mediante el Decreto No. 15 de 1985, el Alcalde metropolitano había declarado como zona de alto riesgo potencial de desastres naturales, aquella donde se presentó el derrumbe que sepultó a la menor Mariluz Usaga.

A folios 68 y ss del expediente, reposa copia auténtica de ese Decreto. Allí se señalaron varias zonas de la ciudad de Medellín, como de alto riesgo potencial de desastres naturales, entre ellas: "Villatina (parte alta) costado oriental Cr. 15 con calle 56" .

En la demanda no se especifica de manera concreta la zona en la cual ocurrió la tragedia. En el hecho 5o. se limita a señalar que fue en Villatina, pero no indica en qué

sector de Villatina y las pruebas allegadas al proceso, que se repite, fueron muy escasas, en manera alguna demuestran que el sitio donde se originó el derrumbe, fuera de la misma zona que el Decreto mencionado declaró como de alto riesgo.

La única prueba que obra en el plenario en relación con el sitio donde ocurrió el derrumbe, la constituyen los testimonios de los Ingenieros Mario Augusto Flórez Arroyave y Rafael Alberto Cárdenas Villada, funcionarios de planeación municipal de Medellín, prueba que a petición de las partes, fue trasladada del proceso que por los mismos hecos adelantó la señora Gloria Patricia Cardona Villada. Estos testigos que la parte actora pretende demeritar por su vinculación laboral con la demandada, los considera la Sala como de excepción, justamente por esa vinculación que les permite conocer en detalle todas las circunstancias de hecho que informan este asunto, y además la manera clara y espontánea en que rindieron su versión, no permite deducir la parcialidad que le imputa la parte actora.

El ingeniero geólogo Mario Augusto Flórez Arroyave, explicó en relación con el derrumbe que originó este proceso, que este fue un desprendimiento de tierra ocurrido en el flanco sur oriental del cerro Pan de Azúcar, y que esa masa de tierra cayó sobre Villatina parte alta en el sector comprendido entre las carreras 17 y 15A y entre calle 56D y 56E, es decir, zona diferente a aquella declarada de alto riesgo por el Decreto 15 de 1985, que concretamente se refería a la carrera 15 por calle 56. A folios 96 y ss. del expediente obra esa declaración en la cual se lee:

> "La zona amplia donde se encuentra el asentamiento Villa Tina (sic) como estudio preliminar antes de la tragedia solo poseía un estudio regional, el cual no caracterizaba qué sitio o qué sectores era de mayor o menor riesgo en la zona, debido a la recurrencia de eventos catastróficos en la ciudad de Medellín y en especial en Villa Tina (sic) San Antonio, la arenera y el pinal, la administración Municipal calificó estos sectores como de alto riesgo, la zona o el sitio donde se desprendió la masa deslizada, antes de la tragedia nunca había sido calificada como de alto riesgo, en el sitio exacto donde cayó el material desprendido nunca la comunidad había manifestado problemas estructurales de sus viviendas como consecuencia de la inestabilidad de sus suelos. Este sector antes mencionado corresponde a Villa Tina (sic) parte alta, demarcado entre las carreras 17 y 15A y entre calles 56 y 56E, me estoy refiriendo a la zona donde cayó el material, la zona donde se desprendió el material es conocido como flanco sur oriental del cerro Pan de Azúcar, sector en el cual no existe ningún tipo de asentamiento humano".

El ingeniero civil Rafael Alberto Cárdenas Villada, informó que el sitio donde se produjo el desprendimiento de la masa de tierra, estaba ubicado a unos 300 metros de longitud y a unos 150 metros de altura del lugar donde se depositó esa masa de tierra, es decir, de la zona donde fueron sepultadas las viviendas. Dio cuenta además ese testigo del hecho de que el lugar donde se produjo el desprendimiento no había sido

declarado como zona de alto riesgo y que los habitantes del sector donde cayó la masa de tierra, en ningún momento habían elevado solicitud a planeación, en relación con el peligro que representaba la zona, ya que ni siquiera habían notado problemas estructurales en sus viviendas. Dijo textualmente este declarante a folio 111:

"PREGUNTADO: La zona donde ocurrió el deslizamiento del 27 de septiembre ¿qué características presentaba en lo atinente a la estructura de acueductos y alcantarillado? CONTESTO: Es decir vamos a hablar de la parte donde se depositó el material que fue en la parte alta del barrio Villatina, este sector además de tener una retícula de manzanas adecuadamente bien conformada poseía redes de servicios públicos de Empresas Públicas de Medellín, salvo unos pequeños sectores ubicados en su entorno que por tratarse de invasiones tomaban el agua perforando la conducción o asequía de empresas públicas próximo al lugar y que conduce las aguas a la planta de tratamiento de Villa Hermosa. PREGUNTADO: Explíquenos, usted habla de una zona donde se depositó el material, ¿esta zona donde se depositó el material tuvo alguna incidencia o fue causante del desprendimiento mismo? CONTESTO: No, de ninguna manera. PREGUNTADO: ¿De qué zona se desprendió el material? CONTESTO: Se desprendió de una zona ubicada a unos 300 mts. de longitud y a una altura de unos 150 mts. Dicho metafóricamente "al Barrio Villa Tina (sic) le cayó del cielo una gran masa de tierra". PREGUNTADO: ¿La zona donde ocurrió el desprendimiento hacía parte de la que las autoridades habían calificado como zonas de alto riesgo? CONTESTO: no... PREGUNTADO: ¿En algún momento los habitantes del lugar donde ocurrió este suceso pidieron a planeación metropolitana que hiciera un estudio técnico sobre el suelo de aquellos terrenos? CONTESTO: En la zona donde cayó el material en ningún momento se hizo esta solicitud, ya que los habitantes del sector ni siquiera habían notado problemas estructurales en sus propias viviendas. En la zona donde se desprendió el material tampoco hicieron solicitudes, pues se trataba de un área despoblada sin mayores evidencias para el conocimiento de los moradores de que allí pudiera presentarse un desprendimiento. PREGUNTADO: Anterior al suceso la administración municipal fue informada de lo que iba a ocurrir por radio, televisión o incluso por el sacerdote del lugar. CONTESTO: De ninguna manera, simplemente, existían antecedentes en zonas aledañas pero que no eran indicativos ni técnicamente pueden dar indicios que demuestren una relación entre esos eventos y el que ocurrió el 27 de septiembre. PREGUNTADO: Por el conocimiento que usted tiene de la zona, ¿puede decirnos en cuántos y cuáles asentamientos humanos tiene el barrio Villatin (sic) cuáles son de alto riesgo y exactamente en cuál ocurrió el trájico (sic) hecho? CONTESTO: Básicamente son Villa tina (sic) parte baja, Villa tina (sic) parte alta, Villa tina (sic) San Antonio parte alta, y otros sectores que resiben (sic) denominaciones de los moradores de la zona como son uno llamado la piedra de l osque (sic) recuerdo en estos momentos. El único declarado como de alto riezgo (sic) es Villa tina (sic) San Antonio, parte alta, no

fue allí donde ocurrió el suceso, es decir donde se depositó el material, la zona donde se desprendió por estar fuera del perímetro urbano no está contemplada dentro de las denominaciones geográficas y normatización de la oficina de planeación metropolitana, es conocida como zona aledaña del cerro de Pan de Azúcar, físicamente esta zona está ubicada al oriente de la parte alta de Villa tina (sic). Está ubicada en el oriente parte alta de todos los sectores que hemos venido hablando" (fol. 113 y 114).

En igual sentido que este funcionario de planeación municipal, declaró el señor Jaime Montoya Ballesteros, residente en la carrera 16 No. 54-15 de este barrio e integrante de la Junta de Acción Comunal. Afirmó ese testigo que ni los de la Junta de Acción Comunal, ni los habitantes del sector, habían pensado jamás en que pudiera ocurrir un derrumbe de semejante magnitud en esa zona, porque la consideraban muy estable. Dijo este testigo:

"PREGUNTADO: Qué comentarios había oído usted acerca de los posibles riesgos de deslizamiento en la zona de Villa Tina (sic) parte alta y qué posición habían asumido las persona radicadas allí y las que llegaban. CONTESTO: El concepto que nosotros teníamos era tomado de los datos de la prensa donde salieron ubicados algunas zonas como barrios subnormales entre ellos el sector Villa Tina (sic), los habitantes y la Junta Directiva de la Acción Comunal de este sector jamás habíamos pensado en que ocurriera un derrumbe de semejante magnitud en esa parte alta, porque la considerábamos muy estable; donde sí presagiábamos una inminente tragedia era en la parte que está localizada de la asequia para abajo, por la sencilla razón de que esta asequia está conectada infinidad de mangueras que chorreaban agua día y noche sin ningún control" (folios 61 y 62).

La Sala, por las consideraciones que antecede exonerará de toda responsabilidad al municipio de Medellín, conclusión a la cual llega especialmente por la circunstancia de que la tragedia que se presentó en 1987 en el barrio Villatina, no fue un deslizamiento de tierra originado en el sector donde estaban construidas las viviendas que resultaron afectadas, sino que lo sucedido fue un desprendimiento de tierra de una zona ajena a aquella donde se depositó esa masa de tierra, distante a 300 metros de longitud y 150 de altura, del sector afectado, y que además no estaba catalogada como de alto riesgo. Ninguna actividad de la administración hubiera podido evitar que esa masa de tierra se desprendiera y tapara un sector del barrio Villatina, no existía ningún estudio que previera la posibilidad de que ocurriera tal desprendimiento, no existía ningún medio por el cual la administración pudiera preveer la ocurrencia de tal fenómeno. No existían estudios geológicos de esa zona, ni los mismos moradores de la región habían evidenciado que podía ocurrir tal desprendimiento.

No se encuentra demostrada una omisión en el cumplimiento de alguna función que tuviera la demandada y que hubiera podido evitar el derrumbe.

De otro lado, no fue el municipio de Medellín el que construyó el barrio Villatina o dio permiso para su construcción, es abundante la prueba que da cuenta de que ese asentamiento humano se formó por invasión, y que si el municipio proporcionó algunos servicos públicos a sus habitantes, fue solo con el ánimo de mejorar su situación, pero no lo hizo de manera irresponsable, al contrario, el Decreto 15/85 evidencia la preocupación del ente demandado por señalar unas zonas de alto riesgo con miras a evitar la proliferación de asentamientos humanos en ellas. En ese Decreto se prohíbe en forma contundente el suministro de servicios públicos en esas zonas.

No se puede entrar a sancionar por un hecho de la naturaleza a una administración cuya única conducta fue tratar de remediar un problema social frente a los invasores de ese barrio, a quienes ha tratado de ayudar proporcionándoles servicios públicos.

De otro lado la Sala recuerda la pauta jurisprudencial frente al carácter relativo que presenta la falla del servicio, y al cual se ha hecho referencia en diversas oportunidades, entre ellas recientemente en sentencia del 23 de mayo de 1994 proferida en el proceso radicado al número 7616. Actor: Edelmira Bernal de Lobo, donde con ponencia del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, se dijo:

> "Las obras que se plantean en los estudios y planes que elabora la administración y que tienen como finalidad el desarrollo del Estado y el mejoramiento del nivel de vida de sus asociados, están sujetas en su ejecución, a la disponibilidad de recursos y a la determinación de prioridades que atendiendo el interés público, haga la propia administración. Afirmar que la realización de un estudio en el cual se recomiende la realización de una obra implica para el Estado una obligación que pueda comprometer su responsabilidad por omisión, equivaldría a sostener que los asociados tienen el derecho a vivir en un Estado ideal, con todas las necesidades satisfechas; y por esa vía dicho Estado terminaría siendo responsable por todas las obras requeridas por los ciudadanos –estudiadas y no ejecutadas– y posteriormente también por aquellas sobre las que no se hubiesen realizado estudios".

En igual sentido fue el pronunciamiento contenido en sentencia del 25 de octubre de 1991, actor: Elí de Jesús Cardonas y Otros, en el cual se expresó:

> "En el plano ideal, el Estado debería responder por toda muerte violenta acaecida en el territoro nacional (él tiene el deber de proteger su vida); siempre que muriera una persona por falla de asistencia médica; por los niños que se quedan sin escuela y entran a la mendicidad por todos los casos de inanición; por las epidemias no contrarrestadas; por todos los daños producidos por el terrorismo; por la caída de un avión en zona carente de radioayuda; por todos los derrumbes de las carreteras; por la falta de acueductos, por la contaminación de los ríos...".
>
> "Los ejemplos se podrían multiplicar por miles; podría el patrimonio estatal hacer frente a todas esas demandas cuando sus servicios públicos apenas sí logran

tener una pequeña cobertura? Sería razonable permitir esa responsabilidad irrestricta y en todos los casos, con desmedro del mantenimiento, en los límites propios de nuestra realidad económica y social, de los modestos servicios actuales? No sería peor el remedio que la enfermedad?...".

Viene también a propósito la sentencia del 8 de abril de 1994, proferida en el proceso No. 8673. Actor: José Berney Ramírez, con ponencia del doctor Uribe Acosta, allí se dijo:

"Dentro del marco político anterior, se impone concluir que no todas las falencias que presente el Estado Social de Derecho pueden repararse a través de la filosofía que informa la falla del servicio, o del daño antijurídico, pues el Juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o los conceptos políticos y jurídicos. Todo esto explica que, en el caso *sub-exámine,* no sea posible despachar favorablemente las pretensiones de los demandantes pues las angustias y daños que pueda causar el subdesarrollo obligan a la comunidad a poner en marcha la práctica de LA SOLIDARIDAD, y a soportar el perjuicio".

Así las cosas, como en este proceso sólo se estableció la existencia de un daño, pero no sucedió igual con los primeros elementos que estructuran la responsabilidad estatal, es decir, la conducta omisiva y la relación de causalidad entre ésta y el daño, se impone absolver al municipio de Medellín.

También se negarán las pretensiones formuladas en contra de la Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transporte, pero por falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no hay ninguna disposición legal que le imponga funciones a esa dependencia en relación con zonas urbanas, ni en la demanda se menciona la existencia de un supuesto que permita vincularlo al asunto discutido.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 2 de julio de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES DE LA CORPORACION.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veinticinco (25) de mayo 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: En el mismo sentido las sentencias de fechas junio 9 de 1994, Exp. 8911, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA; junio 3 de 1994, Exp. 9086, Consejero Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ; junio 9 de 1994, Exp. 9006, Consejero Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ; junio 9 de 1994, Exp. 8952, Consejero Ponente: Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ; junio 16 de 1994, Exp. 9376, Consejero Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA; junio 24 de 1994, Exp. 8956 y Exp. 8937, Consejero Ponente: Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA/SINIESTRO/POLIZA DE SEGUROS/ GARANTIA DE ESTABILIDAD

Tratándose de contratación de obras, éstas deben someterse a los requisitos mínimos de calidad, durabilidad y estabilidad, así sean casas prefabricadas y con destino a personas de reducidos recursos económicos. No se trata de que el constructor aparentemente satisfaga los requisitos generales de la obra y entregue la misma "a satisfacción" en el momento de su recibo por parte del ente estatal contratante. De ninguna manera. Si las cosas están destinadas para la residencia de estas familias, lo menos que ellas pueden esperar del Estado y de quienes las hicieron, es que sus viviendas sean seguras y normalmente habitables, sin necesidad de someterlas a reparaciones estructurales en el breve lapso de dos años y medio, como sucedió en el *sub-júdice*. Ese es precisamente el objeto de la garantía de estabilidad de la obra. Se trata de prevenir que durante un determinado tiempo, aquella no sufra un deterioro tal que impida su normal utilización. Por esta razón, ante el deterioro anormal de las viviendas y la pasividad de los constructores para repararlas, se hacía necesaria la actuación administrativa cuestionada en este proceso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8826. Actor: Eugenio Mejía Restrepo y Otro. Demandado: Instituto de Crédito Territorial.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 13 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administra-

tivo de Risaralda, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda y no se declaró probada la excepción propuesta.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda.

En escrito presentado el 26 de agosto de 1989 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., los señores Eugenio Mejía Restrepo y José Silvestre Vélez Hurtado, formularon demanda contra el Instituto de Crédito Territorial para que se declarara la nulidad de las resoluciones números 3529 y 3559 de 1988, mediante las cuales "se declara causado un siniestro" y las resoluciones números 7441 y 7442 de 1988 por las cuales "se decide un recurso de reposición", proferidas por la Gerencia General del Instituto de Crédito Territorial.

Como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare: a) "Que la Aseguradora Grancolombiana S.A., no está obligada a pagar la suma asegurada de $4.204.297.35 en razón de la póliza siniestrada No. 150-1665 que fue tomada por JOSE SILVESTRE VELEZ y EUGENIO MEJIA para amparar la estabilidad de las viviendas construidas en virtud del contrato PC-007 de 1982; b) Que Seguros Comercial Bolívar no está obligada a pagar la suma de $3.540.925.79 en razón de la póliza No. 57506 y su anexo CUM No. 2978 que fue tomada por EUGENIO MEJIA RESTREPO y JOSE SILVESTRE VELEZ HURTADO para amparar la estabilidad de las viviendas construidas en virtud del contrato PC-028 de 1982".

Así mismo piden que se condene al Instituto de Crédito Territorial al reconocimiento y pago de los perjuicios causados a los actores.

2. Fundamentos de hecho.

Según se refiere en la demanda, José Silvestre Vélez Hurtado y Eugenio Mejía Restrepo, integrados en consorcio, celebraron con el Instituto de Crédito Territorial los contratos PC-007 de 1982, cuyo objeto material era la cofinanciación y construcción en terrenos del Instituto de 82 viviendas unifamiliares y 300 bifamiliares, en la urbanización "Taquiotra" del municipio de Dos Quebradas, y el PC-028 de 1982, para construir 184 viviendas bifamiliares básicas, con sus correspondientes obras de urbanismo, en la misma urbanización antes mencionada.

El sistema de construcción a utilizar era el prefabricado y en la propuesta se incluyeron materiales de concreto y madera "revoltura fina o sajo", y para los entrepisos la viguetería de madera en sajo y tablilla machihembrada de buena calidad. En resumen, la propuesta ofrecía ceñirse a las normas establecidas por el I.C.T., para la construcción de viviendas.

Como garantía de estabilidad de la obra, correspondiente al contrato PC-007 los demandantes tomaron la póliza número 150-1065 de la Aseguradora Grancolombiana S.A., con vigencia de cinco años a partir de la fecha del Acta de Liquidación Final, o sea, hasta el 1o. de agosto de 1988, por valor de $4.204.297.35, por el deterioro imputable al contratista en condiciones normales de uso y que impidan el servicio para el cual se ejecutó el contrato.

Igualmente, para garantizar la estabilidad de la obra reseñada en el contrato PC-028, tomaron la Póliza No. 575006 y su Anexo CUM No. 2978 de Seguros Comerciales Bolívar, hasta el 12 de junio de 1991 por valor de $2.405.606.80, la que luego fue ampliada hasta la suma de $3.540.925.79, con el mismo fin de la póliza anteriormente mencionada.

El Jefe de la División Técnica del ICT, Regional de Risaralda, con referencia a los contratos aludidos hizo constar que "el cumplimiento de los contratos fue cabal, la calidad de obra buena, la seriedad buena, porcentaje de obra ejecutada 100%".

Las viviendas fueron construidas con aplicación del manual de especificaciones ICT-VIV-004 que contiene los requisitos mínimos para madera, con relación a la calidad de la misma, humedad, inmunización, etc. El Inscredial ejerció sobre las obras de construcción las funciones de dirección, vigilancia y control a través de un interventor.

Como consecuencia de algunos deterioros presentados en el material de madera de las viviendas construidas, el 15 de julio de 1987 se reunieron los cofinanciadores Vélez Hurtado y Mejía Restrepo, con el Director Regional, el Jefe de la División Técnica y el Jefe de Proyectos y Construcciones y acordaron la colaboración para solucionar los problemas. Con tal objeto, trabajadores de los demandantes fueron a la urbanización "Taquiotra" para reparar los deterioros presentados, pero el Jefe de Proyectos y Construcciones del ICT Regional, no les permitió hacer el trabajo.

El Director Regional del Inscredial le comunicó el 31 de mayo de 1988 a Vélez Hurtado que el monto de las reparaciones asciende a $3.500.000. Vélez, a su vez, ofrece $3.000.000 que el Director Regional rechaza y reitera que el precio es de $3.500.000 que deben aportar los demandantes. Sin embargo, el 24 de junio de 1988 convinieron en sufragar la suma de $3.300.000, por los cuales el contratista entregó un cheque por la cantidad de $1.650.000 y la diferencia se entregaría al iniciarse las obras. Tal cheque le fue devuelto al girador sin cobrarlo, un año después de su entrega.

El 21 de junio de 1988 el Gerente General del Inscredial dictó la Resolución No. 3529 de 1988 para declarar un siniestro sobre las obras del contrato PC-007 de 1982, por el deterioro acelerado de las viviendas prefabricadas en la estructura de madera, frente al cual los contratistas no atendieron los requerimientos para que repararan los daños ocasionados. En la misma resolución se dispuso cubrir el riesgo con el valor de

la suma asegurada por la Aseguradora Grancolombiana S.A. De igual forma procedió el Instituto de Crédito Territorial frente al contrato PC-028 de 1982, en la Resolución No. 3559 del 22 de junio de 1988. Contra ambos actos administrativos interpusieron los demandantes sendos recursos de reposición, los que fueron resueltos desfavorablemente por medio de las resoluciones números 7441 y 7442, ambas de 14 de diciembre de 1988, notificadas personalmente a los contratistas, pero no a las compañías aseguradoras, las que se dieron por notificadas por conducta concluyente y pidieron al Inscredial que precisara la cuantía de las pérdidas.

Como disposiciones violadas se relacionan los artículos 2, 16, 20, 26 y 30 de la Constitución Nacional; 871, 1077, 1088, 1089 y 1104 del Código de Comercio; 14 de la ley 4 de 1966; 2 y 84 del C.C.A. Aducen los actores que la póliza de estabilidad es un contrato de seguro de daño y que su indemnización no puede constituir fuente de enriquecimiento, ni exceder el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario, al que le corresponde demostrar no solo la ocurrencia del siniestro, sino la cuantía de las pérdidas si es del caso. Se plantea así mismo que la póliza del seguro no ampara los vicios inherentes a la cosa, y que la indemnización puede hacerse en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador. De lo anterior se deduce en la demanda la violación de las normas antes citadas. Se agrega además que la madera se pudrió por estar en contacto con el agua de uso doméstico y de lluvias, debido a la falta de protección en la base de la cuartonería, de lo cual no es responsable el contratista "por cuanto no se ofreció, contrató, ni ordenó en la ejecución del contrato". El daño ocurrió entonces por causa de un vicio en la madera, no comprendido dentro del riesgo asumido por el asegurador a nombre del contratista.

3. Actuación procesal.

Del auto admisorio de la demanda fueron notificados los representantes del Instituto de Crédito Territorial, hoy INURBE, Compañía Aseguradora Grancolombiana S.A. y Seguros Comerciales Bolívar. La apoderada del Inscredial contestó la demanda y se opuso a las peticiones de la misma. Cuestionó la posición de los demandantes por cuanto pretenden olvidar que las viviendas construidas deben contener las condiciones mínimas de durabilidad y estabilidad, y que no por ser prefabricadas dejan de someterse a los requisitos mínimos de una vivienda. Al referirse a que en el acta de recibo de la obra se consignó que ésta era satisfactoria, tal concepto, sin embargo, estima que no exonera de responsabilidades futuras, en casos como el presente, donde en poco tiempo y debido a los daños en las construcciones, dicho concepto se modificó.

Así mismo se refirió la apoderada del ente demandado al comportamiento de los contratistas, quienes reconocieron los daños y ofrecieron su colaboración para repararlos. Cuestiona que los constructores, no hubieran considerado que las columnas de madera del primer piso debían apoyarse sobre bases de ladrillo y concreto, "pues la técnica más elemental de la construcción, indica que en proyectos donde se utilice

madera deben ser protegidos contra la humedad del suelo". Con respecto a las cuantías de las pólizas de seguros por la estabilidad de la obra, sostiene que las reparaciones por ser inmensamente mayores al valor de las mismas, hacían innecesaria su valoración detallada, como pudo comprobarlo la Aseguradora Grancolombiana para pagar el valor asegurado. Expone además un hecho nuevo, consistente en la necesidad de invertir no solo los $4.204.297.35 de la aseguradora mencionada, sino $60.000.000 adicionales, para cubrir los desperfectos de las construcciones. Esas reparaciones las propone como excepción de fondo que denomina "Reparación previa de los daños por urgencia evidente".

Por auto de 15 de octubre de 1992, cuando el proceso se encontraba para fallo, observó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera, que por tratarse de actos administrativos relativos a contratos, su conocimiento correspondía a la Sección Tercera, a donde se envió el expediente, la cual, a su vez, atendiendo el factor territorial, dispuso la remisión del proceso al Tribunal Administrativo de Risaralda.

El Procurador Judicial en Asuntos Administrativos rindió concepto de fondo contrario a las peticiones de la demanda.

4. La sentencia recurrida.

Relacionó el Tribunal las pruebas aportadas al proceso, de orden documental, pericial y testimonial, con fundamento en las cuales concluyó:

"... que la mala calidad de las maderas utilizadas en la Urbanización El Campestre, Sector C, fue la causa principal de los daños presentados en las casas, motivo por el cual el I.C.T. en esa época tuvo que celebrar varios contratos para hacer las reparaciones por un valor de más de $60.000.000.oo.

"El Gerente General del I.C.T., declaró causado el siniestro garantizado mediante las Pólizas números 150-1065, expedida por la Aseguradora Grancolombiana S.A., y la 57506 y su Anexo CUM No. 2978 de Seguros Comerciales Bolívar mediante las Resoluciones 3529 y 3559 de junio 22 de 1988 por el "deterioro acelerado en la estructura de madera, por no tener protección contra la humedad en la parte inferior de la cuartonería... Así mismo los que conforman los pórticos de las fachadas principal y posterior...".

"Por los razonamientos anteriores se concluye que el Instituto de Crédito Territorial, hoy INURBE, al expedir los actos acusados, obró ajustándose a lo estipulado en la ley y por tanto no se violaron las normas legales citadas por los demandantes".

5. Razones de la apelación.

El apoderado de la parte actora recurrió en apelación contra la sentencia anterior. Aduce como sustento del recurso que no se les puede imputar a los contratistas la mala

calidad de la madera sugerida por ellos en la propuesta de acuerdo con las especificaciones del I.C.T., con mayor razón cuando no toda la madera presenta defectos de calidad y había sido adecuadamente inmunizada. Igualmente argumenta que los daños se presentaron de 1 a 20 centímetros del suelo por causa de las aguas lluvias y las utilizadas para el aseo de las casas, a más de que no atendió el Inscredial las recomendaciones sobre el mantenimiento de la madera. Resalta así mismo que los planos fueron entregados por el I.C.T., con base en ellos se adelantó la obra y al recibirla se consignó: "A cabalidad. Calidad de la obra: buena. Seriedad: buena. Porcentaje de obra ejecutada: 100%". Cuestiona a la administración por pretender "que si se contrata una obra de regular calidad, se le entregue una obra de lujo, a costo popular". Entiende que los daños eran mínimos, cuando se propuso a los contratistas un arreglo por $3.500.000.oo que luego quedó en $5.300.000.oo de los cuales pagaron la mitad con un cheque que nunca se cobró, porque el I.C.T. no cumplió dicho convenio. Reitera que la calidad de la madera fue de acuerdo con la contratada y que previamente fue inmunizada, que la conducta de los contratistas se ajustó a la ley y que, en cambio, el ente demandado obró con falsa motivación, motivo suficiente para disponer el pago de perjuicios en favor de los contratistas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia recurrida debe confirmarse, por cuanto lo decidido por el Instituto de Crédito Territorial, hoy INURBE, en los actos acusados, como lo expresó el Tribunal, se ajusta a derecho.

La cuestión controvertida en el *sub-júdice* se reduce, en últimas, a determinar si el ente público demandado estaba legalmente facultado para producir las resoluciones números 3529 y 3559 de 1988, mediante las cuales el Inscredial declaró causado un siniestro, y las resoluciones 7441 y 7442 también de 1988, expedidas para confirmar las anteriores al resolver el recurso de reposición interpuesto contra éstas.

Se sostiene en los actos acusados que los contratistas Eugenio Mejía Restrepo y José Silvestre Vélez Hurtado celebraron con el Instituto de Crédito Territorial los contratos números PC-028 de 1982 y PC-007 de 1982, para la construcción de 184 viviendas bifamiliares, en la urbanización El Campestre de Dosquebradas, y 82 unifamiliares y 300 bifamiliares, en la urbanización Taquiotra del mismo municipio.

Igualmente se dice en las resoluciones acusadas que los contratistas se comprometieron a responder por la estabilidad y buena ejecución de las obras de acuerdo con las especificaciones de la propuesta y ciñéndose a los "requisitos mínimos para madera". Con tal objeto, suscribieron las pólizas respectivas con las compañías Aseguradora Grancolombiana S.A., y Seguros Comerciales Bolívar.

Tales obras, es decir, las viviendas construidas, según los actos demandados, "presentan problemas en relación con el deterioro acelerado... en la estructura de

madera, por no tener protección contra la humedad en la parte inferior de la cuartonería, pudriéndose hasta una altura promedio de diez centímetros (0.10 cms). Así mismo las que conforman los pórticos de las fachadas principal y posterior, humedad producidas por las aguas para el aseo doméstico; de igual forma las columnas que conforman el pórtico central... También en las columnas que conforman el pórtico central, el deterioro es menor... como consecuencia de la acción de las aguas domésticas, aseo únicamente.

A los contratistas cofinanciadores, según los actos acusados, en varias oportunidades se los requirió para que presentaran el programa de trabajo para las reparaciones necesarias originadas en el deterioro acelerado de las viviendas, sin que aquellos hubiesen oportunamente atendido tales requerimientos. En tales condiciones, según la propia administración, fue necesario cuantificar el arreglo de la estructura de madera, de donde resultaron dos alternativas, una por valor de $19.535.000 y otra por $94.535.000, "determinando que el Instituto de Crédito Territorial aportaría medidas preventivas y los cofinanciadores las medidas correctivas", para lo cual el Inscredial regional, solicitó un estudio técnico de la Sociedad de Ingenieros de Risaralda con miras a obtener soluciones para reparar la estructura de las viviendas prefabricadas objeto del contrato. De dicho estudio se dedujeron los defectos y fallas más ostensibles de la construcción. Como consecuencia de lo anterior el Instituto de Crédito Territorial declaró causado el siniestro y dispuso requerir a las empresas aseguradoras para el pago del valor del siniestro conforme a las pólizas expedidas por ellas.

Al resolver el recurso de reposición interpuesto por los demandantes el Inscredial no accedió a modificar las resoluciones impugnadas y precisó que el concepto de estabilidad abarca todos aquellos deterioros que impidan la utilización y afecten la armonía de las obras ejecutadas, que debe tomarse en cuenta la durabilidad, resistencia y acabado, y que las viviendas deben resistir la humedad normal que origina el aseo mínimo que deben hacer normalmente los ocupantes de una vivienda. De lo anterior infiere la existencia de perjuicio actual y futuro por no aplicar en todo su contexto las normas sobre construcción contenidas en el manual del Instituto, situación que encuentra reafirmada por el concepto técnico de la Regional de Risaralda.

Hizo igualmente referencia a la actitud pasiva de los contratistas para proceder a la reparación de las viviendas deterioradas, la que quisieron efectuar a último momento. Precisa así mismo, que para la fecha en que se dio el acuerdo entre contratistas y la Regional del I.C.T., se encontraba agotada la competencia de esta última por cuanto la Gerencia General días antes había declarado el siniestro.

Para la Sala lo expresado en las resoluciones demandadas acompasa con el contenido probatorio del proceso y permite sostener que las mismas no deben anularse por cuanto se ajustan a derecho y a las circunstancias fácticas que las originaron.

No se cuestiona en el *sub-júdice,* como parece entenderlo la parte actora, únicamente la calidad de la madera ni su estado de inmunización. En tal sentido al

calidad de la madera sugerida por ellos en la propuesta de acuerdo con las especificaciones del I.C.T., con mayor razón cuando no toda la madera presenta defectos de calidad y había sido adecuadamente inmunizada. Igualmente argumenta que los daños se presentaron de 1 a 20 centímetros del suelo por causa de las aguas lluvias y las utilizadas para el aseo de las casas, a más de que no atendió el Inscredial las recomendaciones sobre el mantenimiento de la madera. Resalta así mismo que los planos fueron entregados por el I.C.T., con base en ellos se adelantó la obra y al recibirla se consignó: "A cabalidad. Calidad de la obra: buena. Seriedad: buena. Porcentaje de obra ejecutada: 100%". Cuestiona a la administración por pretender "que si se contrata una obra de regular calidad, se le entregue una obra de lujo, a costo popular". Entiende que los daños eran mínimos, cuando se propuso a los contratistas un arreglo por $3.500.000.oo que luego quedó en $5.300.000.oo de los cuales pagaron la mitad con un cheque que nunca se cobró, porque el I.C.T. no cumplió dicho convenio. Reitera que la calidad de la madera fue de acuerdo con la contratada y que previamente fue inmunizada, que la conducta de los contratistas se ajustó a la ley y que, en cambio, el ente demandado obró con falsa motivación, motivo suficiente para disponer el pago de perjuicios en favor de los contratistas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia recurrida debe confirmarse, por cuanto lo decidido por el Instituto de Crédito Territorial, hoy INURBE, en los actos acusados, como lo expresó el Tribunal, se ajusta a derecho.

La cuestión controvertida en el *sub-júdice* se reduce, en últimas, a determinar si el ente público demandado estaba legalmente facultado para producir las resoluciones números 3529 y 3559 de 1988, mediante las cuales el Inscredial declaró causado un siniestro, y las resoluciones 7441 y 7442 también de 1988, expedidas para confirmar las anteriores al resolver el recurso de reposición interpuesto contra éstas.

Se sostiene en los actos acusados que los contratistas Eugenio Mejía Restrepo y José Silvestre Vélez Hurtado celebraron con el Instito de Crédito Territorial los contratos números PC-028 de 1982 y PC-007 de 1982, para la construcción de 184 viviendas bifamiliares, en la urbanización El Campestre de Dosquebradas, y 82 unifamiliares y 300 bifamiliares, en la urbanización Taquiotra del mismo municipio.

Igualmente se dice en las resoluciones acusadas que los contratistas se comprometieron a responder por la estabilidad y buena ejecución de las obras de acuerdo con las especificaciones de la propuesta y ciñéndose a los "requisitos mínimos para madera". Con tal objeto, suscribieron las pólizas respectivas con las compañías Aseguradora Grancolombiana S.A., y Seguros Comerciales Bolívar.

Tales obras, es decir, las viviendas construidas, según los actos demandados, "presentan problemas en relación con el deterioro acelerado... en la estructura de

madera, por no tener protección contra la humedad en la parte inferior de la cuartonería, pudriéndose hasta una altura promedio de diez centímetros (0.10 cms). Así mismo las que conforman los pórticos de las fachadas principal y posterior, humedad producidas por las aguas para el aseo doméstico; de igual forma las columnas que conforman el pórtico central... También en las columnas que conforman el pórtico central, el deterioro es menor... como consecuencia de la acción de las aguas domésticas, aseo únicamente.

A los contratistas cofinanciadores, según los actos acusados, en varias oportunidades se los requirió para que presentaran el programa de trabajo para las reparaciones necesarias originadas en el deterioro acelerado de las viviendas, sin que aquellos hubiesen oportunamente atendido tales requerimientos. En tales condiciones, según la propia administración, fue necesario cuantificar el arreglo de la estructura de madera, de donde resultaron dos alternativas, una por valor de $19.535.000 y otra por $94.535.000, "determinando que el Instituto de Crédito Territorial aportaría medidas preventivas y los cofinanciadores las medidas correctivas", para lo cual el Inscredial regional, solicitó un estudio técnico de la Sociedad de Ingenieros de Risaralda con miras a obtener soluciones para reparar la estructura de las viviendas prefabricadas objeto del contrato. De dicho estudio se dedujeron los defectos y fallas más ostensibles de la construcción. Como consecuencia de lo anterior el Instituto de Crédito Territorial declaró causado el siniestro y dispuso requerir a las empresas aseguradoras para el pago del valor del siniestro conforme a las pólizas expedidas por ellas.

Al resolver el recurso de reposición interpuesto por los demandantes el Inscredial no accedió a modificar las resoluciones impugnadas y precisó que el concepto de estabilidad abarca todos aquellos deterioros que impidan la utilización y afecten la armonía de las obras ejecutadas, que debe tomarse en cuenta la durabilidad, resistencia y acabado, y que las viviendas deben resistir la humedad normal que origina el aseo mínimo que deben hacer normalmente los ocupantes de una vivienda. De lo anterior infiere la existencia de perjuicio actual y futuro por no aplicar en todo su contexto las normas sobre construcción contenidas en el manual del Instituto, situación que encuentra reafirmada por el concepto técnico de la Regional de Risaralda.

Hizo igualmente referencia a la actitud pasiva de los contratistas para proceder a la reparación de las viviendas deterioradas, la que quisieron efectuar a último momento. Precisa así mismo, que para la fecha en que se dio el acuerdo entre contratistas y la Regional del I.C.T., se encontraba agotada la competencia de esta última por cuanto la Gerencia General días antes había declarado el siniestro.

Para la Sala lo expresado en las resoluciones demandadas acompasa con el contenido probatorio del proceso y permite sostener que las mismas no deben anularse por cuanto se ajustan a derecho y a las circunstancias fácticas que las originaron.

No se cuestiona en el *sub-júdice,* como parece entenderlo la parte actora, únicamente la calidad de la madera ni su estado de inmunización. En tal sentido al

parecer los contratistas cumplieron las exigencias respectivas. El problema está es en la construcción y diseño de la obra de madera, en especial de las columnas que arrancando del suelo no quedaron de ninguna forma protegidas frente a los efectos de la humedad generada no solo en las aguas lluvias, sino en las de aseo doméstico.

Los daños referidos aparecieron después de dos años de uso de las viviendas. En tales condiciones deja de tener valor para la Sala la manifestación en el recibo de la obra, según la cual la misma fue satisfactoria. Sin duda, que en esos momentos ninguna censura podía hacerse a la construcción, pero después de dos años, cuando los daños aparecieron en la mayoría de las viviendas, el cuestionamiento respecto de la estabilidad de las mismas era más que justificado, como lo fue la exigencia a las aseguradoras para el pago del siniestro declarado.

De otra parte, debe la Sala precisar que en tratándose de contratación de obras, éstas deben someterse a los requisitos mínimos de calidad, durabilidad y estabilidad, así sean casas prefabricadas y con destino a personas de reducidos recursos económicos. No se trata de que el constructor aparentemente satisfaga los requisitos generales de la obra y entregue la misma "a satisfacción" en el momento de su recibo por parte del ente estatal contratante. De ninguna manera. Si las casas están destinadas para la residencia de estas familias, lo menos que ellas pueden esperar del Estado y de quienes las hicieron, es que sus viviendas sean seguras y normalmente habitables, sin necesidad de someterlas a reparaciones estructurales en el breve lapso de dos años y medio, como sucedió en el *sub-júdice.*

Ese es precisamente el objeto de la garantía de estabilidad de la obra. Se trata de prevenir que durante un determinado tiempo, aquella no sufra un deterioro tal que impida su normal utilización. Por esta razón, ante el deterioro anormal de las viviendas y la pasividad de los constructores para repararlas, se hacía necesaria la actuación administrativa cuestionada en este proceso.

Cabe recordar cómo el Jefe de Proyectos y Construcciones de la Regional del I.C.T., en oficio de 24 de junio de 1987, expresaba su preocupación a los contratistas por "el deterioro acelerado que ha venido sufriendo la estructura en madera, sobre todo la cuartonería... esta situación, tan delicada para todos, debe afrontarse y solucionarse al menor tiempo posible, con criterio y responsabilidad, ya que está en juego la vida humana. Además, las viviendas deben ser soluciones estables, seguras y duraderas y el deterioro que se viene presentando en las mismas contradice estos objetivos...". Sin embargo, todo indica que este requerimiento no fue oportunamente atendido y que se le dio prelación a la negociación de las reparaciones, antes que al cumplimiento de los urgentes objetivos allí mencionados.

Cobra también para la Sala la mayor importancia, el hecho de que los constructores hubieran accedido a efectuar las correcciones necesarias para mejorar la estructura de las viviendas referidas. La negociación de tales reparaciones, los ofrecimientos

monetarios y la definición de un precio calculado en esos momentos en la suma de $3.300.000.oo que los contratistas se comprometieron a pagar, y sobre los cuales adelantaron un cheque por la cantidad de $1.650.000.oo, que nunca se hizo efectivo y posteriormente fue devuelto al girador, son hechos por lo menos indicadores de un reconocimiento de responsabilidad de los contratistas en las fallas estructurales de las viviendas. Conviene aclarar que el acuerdo pactado con la Regional del I.C.T., no se hizo efectivo en razón a que días antes la Gerencia General había dictado los actos acusados en este proceso.

Agréguese a lo anterior el comportamiento asumido por la Aseguradora Grancolombiana S.A., frente a los actos acusados, cuyo cumplimiento la llevó a cancelar al Instituto de Crédito Territorial, como beneficiario, la suma de $4.204.297.35, sin que al respecto hubiese protestado en alguna forma, salvo las observaciones que inicialmente hiciera para determinar la cuantía del siniestro.

De la abundantísima prueba documental aportada al proceso, destaca la Sala lo relacionado con los informes sobre remodelación estructural de las viviendas, debido al deterioro de la madera, solicitud del Director Regional del I.C.T., para que se declare el siniestro debido a la imposibilidad de arreglo entre el Inscredial y los constructores, fotografías de los inmuebles con detalles de los puntos deteriorados, informes a los constructores sobre las fallas que se presentaron, solicitudes para que efectuaran las reparaciones, el valor aproximado de las mismas, relación de las viviendas afectadas, informe técnico sobre los daños encontrados, informes sobre no asistencia de los constructores a las reuniones para tratar lo relacionado con las pólizas de estabilidad respecto de las fallas advertidas, material probatorio éste que conduce a la Sala a concluir que el Instituto de Crédito Territorial, hoy Inurbe, al expedir las resoluciones demandadas, procedió en un todo ajustándose a la ley y de conformidad con la demostración de los hechos generadores del siniestro declarado.

En las anteriores condiciones, es dable manifestar que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de autenticidad y legalidad inherente a los actos administrativos, omisión que permite aseverar que el pronunciamiento denegatorio del Tribunal fue acertado y, por consiguiente impone su confirmación mediante esta providencia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia recurrida, esto es, la de 13 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

ADJUDICACION DE BALDIOS/CADUCIDAD DE LA ACCION/PRESUNCION LEGAL

Caduca la acción contra el acto de adjudicación cuando el bien rural adjudicado, según la ley y la interpretación del Incora, tenga el carácter de baldío; o sea cuando según la calificación del Instituto sea de propiedad del Estado o bien fiscal patrimonial de éste, de aquéllos susceptibles de adjudicación en favor de las personas que los hayan explotado de conformidad con la ley agraria o en favor de las entidades públicas para el desarrollo de los servicios públicos a su cargo. Cuando el acto administrativo afecta un bien patrimonial que el Estado presuma que es baldío y, por ende, adjudicable; se habla simplemente de presunción porque en favor de los particulares existe la presunción legal contraria (se presume que no es baldío sino de propiedad particular, los fondos poseídos por particulares... art. 1o. de la Ley 200 de 1936). Ese carácter presumido de ser baldío es lo que permite entender la razón de la acción contra el acto de adjudicación; acción que posee un término de caducidad, después del cual nadie, ni siquiera quien se crea su legítimo dueño, podrá ejercer acción alguna con miras a reintegrarlo a su patrimonio; y es lo que salva al Estado, por contera, de la obligación de salir al saneamiento del bien adjudicado cuando éste resulte de propiedad particular o bien de uso público.

BIEN DE USO PUBLICO–Playas/**BIEN FISCAL/BIEN DE USO PUBLICO**–Imprescriptibilidad/**BIEN DE USO PUBLICO**–Inenajenabilidad

Cuando el Incora, por error o por descuido, ignorancia o mala fe, adjudica como baldío un bien de uso público (una carretera, un camino, un puente, el cauce natural de una corriente de agua o una playa), el cual por definición (art. 63 de la Carta y 83 del Decreto 2811 de 1974 o có-

digo nacional de recursos renovables) es imprescriptible e inenajenable? El bien sigue siendo un bien público del territorio, cuyo uso pertenece a todos; características que no se pierden por el transcurso del tiempo y menos por una transferencia no autorizada, ni legal ni constitucionalmente. En otras palabras, si el Incora adjudica un bien de uso público el tiempo no saneará esa situación. Difiere así el bien de uso público de los fiscales llamados también patrimoniales, los cuales son administrados por el Estado, en principio como los posee o administra un particular, aunque cabe aclarar también que éstos, como los de uso público, no podrán adquirirse por prescripción (arts. 61 del Código Fiscal, 413 nl 9 del C. de P.C.). Ese carácter de bien de uso público le permitirá a cualquier persona o al ministerio público instaurar una acción pública de nulidad en cualquier tiempo.

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 7200. Actor: Ministerio Público - Juan Fernández Carrasquilla. Demandada: La Nación - Incora.

Procede la Sala a decidir el recurso de epelacion interpuesto por el señor fiscal único del Tribunal Administrativo del Magdalena, contra la sentencia dictada por dicho organismo el 27 de septiembre de 1991 mediante la cual se declaró la caducidad de la acción propuesta y se hizo pronunciamiento inhibitorio.

En la demanda presentada el 8 de agosto de 1989 por el señor fiscal séptimo de esta Corporación, Doctor Juan Fernández C., se formula la siguiente pretensión:

> "Que es nula la resolución No. 00433 de 24 de julio de 1979, por medio de la cual la Dirección Regional del Proyecto Magdalena del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), adjudicó al señor Alfonso Londoño Ochoa un lote de terreno que comprendía un bien de uso público, denominado "LA HAMACA", ubicado en el paraje de Pozos Colorados, corregimiento de Gaira, municipio de Santa Marta, departamento del Magdalena, con una extensión de 1.855 metros cuadrados, e individualizado por los siguientes linderos: Punto de partida; tomando como punto de partida en número 4 situado al noroeste donde concurren las colindancias del Mar Caribe, Narciso Vega y el adjudicatario, colinda así: NORTE, con Narciso Vega en 31 metros del punto número 4 al número 5; ESTE, con Narciso Vega en 67.50 metros por punto número 5, al número 1; SUR, con la Corporación Nacional de Turismo en 25 metros del punto número 1 al número 2; OESTE, con el mar Caribe en 65 metros del punto número 2 al punto de partida número 4 y encierra".

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

1) Que mediante resolución 00433 de 24 de julio de 1979, el Incora (Dirección Regional del Proyecto Magdalena) adjudicó al señor Alfonso Londoño O. un lote de terreno con un área aproximada a los 1.855 mts^2, situado en el paraje "Pozos Colorados", corregimiento "Gaira" del municipio de Santa Marta.

2) Que la resolución se protocolizó el 24 de julio de 1979, bajo la escritura 692 de 24 de la misma fecha, ante la Notaría Segunda de Santa Marta.

3) Que el predio, conocido como "La Hamaca", fue registrado con el No. 080-00-11924 de agosto 3 de ese año.

4) Que Dimar, mediante memorando No. 355 CP-4 de 7 de julio de 1987, denuncia ante la Procuraduría Regional de Santa Marta que el predio se encuentra localizado "sobre le física playa", como también el proyecto de construcción de la urbanización "Micro Refugio".

5) Que el Procurador le pidió a los fiscales que estudiaran la situación jurídica; que el fiscal del Tribunal Administrativo consideró improcedente la acción de nulidad y restablecimiento; y que la fiscal segunda ante los juzgados civiles del circuito solicitó la nulidad absoluta de la escritura 692/80, pero el proceao terminó por falta de jurisdicción.

6) Que se practicaron varias diligencias anticipadas al inmueble; y que los peritos en morfología costera rindieron concepto en torno al inmueble "La Hamaca", en el sentido que estaba en jurisdicción de Dimar, "por estar situado dentro de los cincuenta metros desde la línea de más alta marea hacia dentro, por sus características geomorfológicas y por ser zona que alcanza a ser bañada por la ola en marea alta".

7) Que el mencionado predio (deslindado como aparece en hecho séptimo a f. 34) es un terreno no consolidado –playa–, localizado en su totalidad dentro de los cincuenta metros medidos desde la línea más alta hacia adentro, siendo por lo tanto un bien de uso público.

Para el agente del ministerio público demandante, el acto administrativo impugnado viola los arts. 4o. y 202 de la Constitución Nacional; 674 y 679, 1519, 1521 y 2519 del c.c.; 83 y 84 del dec. 2811 de 1974; y el 413 - 4 del C. de P.C.

Cumplido el trámite de la primera instancia el tribunal falló en la forma indicada atrás. Inconforme la parte actora apeló por conducto del señor fiscal del tribunal del conocimiento y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 114 y ss.

Durante el trámite de la segunda instancia alegó de conclusión el señor fiscal décimo de esta Corporación (a fls. 126, ss). Así mismo intervino la Doctora Blanca Cecilia Solorza de C., en su calidad de agente especial de la Procuraduría (a fols. 159

y ss). También alegó el adjudicatario para solicitar la confirmación del fallo apelado (a fl. 173, ss).

El Incora se hizo presente con su escrito que obra a folios 178 y ss, para insistir en la confirmación de la sentencia recurrida.

En esta misma instancia se decretaron algunas pruebas para mejor proveer.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para el *a-quo* la acción formulada por el ministerio público estaba caducada cuando la demanda se presentó el día 8 de agosto de 1989. De ese fallo se destacan los siguientes apartes:

> "... 2. Sin embargo, el Tribunal se abstendrá de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión al constatar que la acción de nulidad propuesta se encuentra caducada.
>
> "La anterior afirmación requiere de algunas precisiones, a saber:
>
> "2.1. La resolución 00433 de julio 24 de 1979 proferida por el INCORA es un acto de adjudicación de un baldío, como ya quedó analizado, expedida previo el cumplimiento de los procedimientos señalados en la ley agraria y constatado que "El predio no hace parte de las playas" como consta en el acta de inspección ocular practicada por la Comisión de Baldíos (folio 21) aportada por el demandante. No se trata, por consiguiente, de un bien de uso público o de una playa, como se pretende por el demandante, que permitiera la utilización de una acción de nulidad absoluta distinta de la que para el acto específicamente causado consagra la ley". (fls 109 y 110 Cdo. 1).....
>
> .....
>
> "2.3. En todo caso, demostrado que el bien adjudicado no es un bien de uso público o una playa, cualquier acción encaminada en contra de la resolución No. 00433 del 24 de julio de 1979 debe orientarse no como una acción de nulidad simple o absoluta, según se dice, prevista en el artículo 136 inciso primero del C.C.A., con olvido de que tal acción es la que define el artículo 84 del mismo ordenamiento, sino como acción de "nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA...", que en el lenguaje técnico del decreto 2304 de 1985, artículo 15, modificatorio del artículo 85 del decreto 01 de 1984, ha de entenderse como de resarcimiento subjetivo, como consecuencia de la nulidad previamente decretada.
>
> "2.4. Como acto de adjudicación de baldío que es dicho acto, el ejercicio de la acción que contra el mismo cabe, se halla sometido a un plazo de caducidad de

dos (2) años, que se impone igualmente al propio Estado, al tenor del artículo 136, inciso sexto del decreto 01 de 1984 vigente cuando se introdujo la demanda y que viene recogido, manteniéndolo, por el artículo 23 del decreto 2304 de 1989.

"2.5. La resolución acusada fue notificada al Ministerio Público el día 31 de julio de 1979 y al peticionario el 1o. de agosto del mismo año, y se protocolizó el 3 de agosto, como lo acredita el Folio de Matrícula Inmobiliaria visible al folio 71, indicativo de su firmeza y de que contra dicho acto no se interpuso recurso alguno, por lo que ha de admitirse que su ejecutoria se produjo en los primeros días del mes de agosto de 1979.

"La demanda se presentó exactamente diez (10) años después, es decir cuando ya se había superado en mucho el término de caducidad que señala el artículo 136, inciso sexto, del Código Contencioso Adminiatrativo.

"Frente a la anterior constatación, fuera concluir que la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad demandada y por el tercero LUIS ALFONSO LONDOÑO OCHOA es próspera y así se ha de declarar". (folios 110 y 111 Cdo 1).

Para la Sala, la sentencia deberá revocarse, porque no hace suya la perspectiva que manejó el *a-quo*. Y no la hace pese a que formalmente se observa la caducidad, no sólo porque el bien adjudicado mediante la resolución impugnada es un bien de uso público, sino porque de aceptarse la tesis de la caducidad en los eventos en los que se adjudique un bien de esta clase, se estarían desconociendo, indirectamente, las notas de imprescriptibilidad e inenajenabilidad que los caracteriza.

Es cierto y corresponde a un mandato legal (art. 136, inc. 5 del c.c.a., en armonía con el art. 37 de la ley 135 de 1961) que la acción de nulidad contra un acto de adjudicación de un bien baldío tiene una caducidad de dos años contados desde la publicación, cuando ella sea necesaria o desde su ejecutoria, en los demás casos.

La norma es clara, pero no por eso menos interpretable. Caduca la acción contra el acto de adjudicación en ese término cuando el bien rural adjudicado, según la ley y la interpreteción del Incora, tenga el carácter de baldío; o sea cuando según la calificación del Instituto sea de propiedad del Estado o bien fiscal patrimonial de éste, de aquellos susceptibles de adjudicación en favor de las personas que los hayan explotado de conformidad con la ley agraria o en favor de las entidades públicas para el desarrollo de los servicios públicos a su cargo.

El enunciado precedente permite afirmar que la calificación de ser baldío (presunción meramente legal), es pasible de debate jurisdiccional, no sólo por las personas directamente afectadas o por los Procuradores Agrarios, sino también por cualquier persona, siempre que su impugnación se haga dentro del término de dos años indicado atrás.

Se entiende lo anterior cuando el acto administrativo afecta un bien patrimonial que el Estado presuma que es baldío y, por ende, adjudicable. Se habla simplemente de presunción porque en favor de los particulares existe la presunción legal contraria (se presume que no es baldío sino de propiedad particular, los fundos poseídos por particulares... art. 1 ley 200 de 1936).

Ese carácter presumido de ser baldío es lo que permite entender la razón de la acción contra el acto de adjudicación; acción que posee un término de caducidad, después del cual nadie, ni siquiera quien se crea su legítimo dueño, podrá ejercer acción alguna con miras a reintegrarlo a su patrimonio; y es lo que salva al Estado, por contera, de la obligación de salir al saneamiento del bien adjudicado cuando éste resulte de propiedad particular o bien de uso público (art. 47 del C. fiscal).

Debate jurisdiccional en el que se podrá cuestionar, tanto el carácter de baldío que se dice tenía el bien, como el proceso administrativo de expedición del acto de adjudicación; quedando vigente el acto si no se demostrare dentro del proceso que ya no tenía ese carácter; o desapareciendo por nulidad si se estableciere que el bien era de propiedad privada y que, por lo tanto, no podía adjudicarse como tal.

Pero, qué sucede cuando el Incora, por error o por descuido, ignorancia o mala fe, adjudica como baldío un bien de uso público (una carretera, un camino, un puente, el cauce natural de una corriente de agua o una playa), el cual por definición (arts. 63 de la Carta y 83 del dec. 2811 de 1974 o código nacional de recursos renovables) es imprescriptible e inenajenable?

Podrá decirse, entonces, que porque no se impugnó el acto de adjudicación dentro de los dos años siguientes ese bien, por el simple transcurso de ese lapso, dejó de ser de uso público para convertirse en particular y perdió sus notas de no enajenable y de imprescriptible?

La respuesta no puede ser sino ésta: El bien sigue siendo un bien público del territorio, cuyo uso pertenece a todos; característica que no se pierde por el transcurso del tiempo y menos por una transferencia no autorizada ni legal ni constitucionalmente. En otras palabras, si el Incora adjudica un bien de uso público el tiempo no saneará esa situación.

Difiere así el bien de uso público de los fiscales llamados también patrimoniales, los cuales son administrados por el Estado, en principio como los posee o administra un particular, aunque cabe aclarar también que éstos, como los de uso público, no podrán adquirirse por prescripción (arts. 61 del código fiscal, 413 nl 9 del c. de p.c.).

Ese carácter de bien de uso público le permitirá a cualquier persona o al ministerio público instaurar una acción pública de nulidad en cualquier tiempo.

Aunque las acciones indicadas en el art. 88 de la Carta aún no han tenido su desarrollo legal (y la aquí propuesta podría encajar en éstas) estima la Sala que la de

'simple nulidad contemplada en el art. 84 del c.c.a., dado el móvil determinante de la pretensión (la salvaguarda del orden jurídico y la integridad del dominio de uso público de los colombianos) podrá utilizarse, en cualquier tiempo, para tal fin, máxime cuando la persona demandante no pretenda, ni podrá pretenderlo por su medio, el restablecimiento de un derecho subjetivo suyo vulnerado por el acto administrativo, **sino solo la recuperación de un bien cuyo uso pertenece a todos por igual;** este fin se confunde con el de la legalidad abstracta.

La capacidad procesal del ministerio público para instaurar esta clase de acción se deriva no sólo de la ley (art. 127 del c.c.a.), sino, hoy con más veras, de la nueva carta constitucional, concretamente de los nls 3, 4 y 7 de su art. 277.

EL CASO CONCRETO

Despejada la primera cuestión (la no caducidad de la acción aquí instaurada) se procede a estudiar el caso concreto, con lo cual se reafirmará la tesis inicial: de que no se dio la caducidad de la acción porque el bien adjudicado era una porción de playa, o sea un bien de uso público.

Dice el código de recursos naturales renovables (dec. 2811 de 1974) en su art. 83, que:

> "Salvo derechos adquiridos, por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado:
>
> "c) Las playas marítimas, fluviales y lacustres;
>
> "d) Una faja paralela a la línea de mareas máximas, o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta mts de ancho".

La norma transcrita debe armonizarse con los artículos 166 y 167 del dec. 2324 de 1984, que en lo pertinente, disponen:

> "Artículo 166. Bienes de uso público. Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente Decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo.
>
> "Artículo 167. Definiciones. Para todos los efectos legales se entenderá por:
>
> "1. Costa nacional: Una zona de dos (2) kilómetros de ancho paralela a la línea de la más alta marea.

"2. Playa marítima: Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisográfica o hasta donde inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal.

"..."

Pues bien. Muestra el acervo probatorio, como se dijo atrás, que el predio "La Hamaca" adjudicado por el Incora mediante el acto aquí impugnado, está ubicado casi en su totalidad en un sector de playa; es decir, "en terreno no consolidado, conformado por arenas o cualquier otro material sedimentario producto de acumulación a través del tiempo". A este respecto puede verse la declaración del oceanógrafo físico, capitán de corbeta Jairo Javier Peña G. a folios 328 y ss del c. ppal. En igual sentido se pronuncia el también oceanógrafo físico, capitán, también de corbeta, señor Edgar Cabrera Luna, quien anota:

"... El lote en su totalidad se encontraba en el sector de playa observando en forma clara su conformación de terreno no consolidado, es decir arena y no se encontraba intervenido por ninguna acción del hombre. Por lo anterior la técnica que se empleó fue la de la observación ocular ya que no se requería ningún otro estudio más profundo para esa conclusión. Vale aclarar que incluso gran parte del terreno tenía trazas de ser bañado por las olas. Igualmente se tomó un registro fotográfico para ser anexado al plano que se levantó con el fin de apoyar a la conclusión que se llegó. Como indiqué el terreno era en su totalidad playa marítima por lo tanto bien de uso público de acuerdo a la legislación colombiana no se observó ningún tipo de construcción ni habitación u otro. La vegetación que pudiera encontrarse era la asociada con el terreno y especialmente por las construcciones o adecuaciones que se habían desarrollado en el sector en dirección hacia la carretera. En este lugar donde se efectuó la inspección definimos la playa por las siguientes características: encontrarse a partir de la línea de más alta marea hacia adentro y conformarse en su totalidad por terreno no consolidado, arenas las cuales provienen de la deriva litoral característica en el sector; se encuentra bañado por las olas máximas en gran parte si mal no recuerdo cerca del 80% del terreno mostraba registros del avance de la ola presente en una acción de mar de leva que había ocurrido en los meses anteriores; no mostraba ningún cambio en su morfología, es decir en ninguna parte había presencia de marcado cambio en la conformación o consolidación del terreno que es lo que marca el límite de la playa. Por lo anterior no fue necesario hacer ningún otro tipo de muestreo para sustentar esta afirmación, la cual en forma verbal se hizo conocer a las partes con antelación al informe técnico para el cual se solicitó el término de ley correspondiente. No se observó ninguna obra de adecuación o protección de la línea de costa contra efectos de erosión o con el fin de ganar terreno hacia el mar como rellenos artificiales o cualquier otra obra de ingeniería costera. En conclusión todo el sector que

comprendía el terreno objeto de la inspección era playa marítima..." (folios 326, 327 y 328 Cdo ppal).

El dicho de estos testigos técnicos aparece corroborado con el dictamen que ellos mismos rindieron el 13 de marzo de 1989, en el cual, luego de diferenciar e identificar los lotes "La Hamaca" y "Las Hamacas", aquél el del presente conflicto, expresaron:

"Reestablecidos los límites descritos en la Resolución 00433 del 24 de julio de 1979 del INCORA, se procedió a analizar lo correspondiente a la Jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria acorde al Decreto Ley 2324 de 1984.

"i) "Las Hamacas"

Terreno consolidado, distanciado de la línea de más alta marea en aproximadamente 500 metros

"ii) "La Hamaca"

Terreno no consolidado, Playa, con vestigios de alcance de ola en marea alta en un 80% de su extensión.

Distancia de la línea de más alta marea 16, 14 y 17 metros a los límites Norte, Centro y sur reapectivamente del lindero Oeste que se asume como FRENTE.

Distancia de la línea de más alta marea 47 y 42 metros a los límites Norte y Sur respectivamente del lindero Este que se asume como POSTERIOR.

"3. CONCLUSIONES

"Con base en la Inspección Ocular y el Estudio de las condiciones oceanográficas y Geomorfológicas del área, se presentan al Sr. Procurador Regional las siguientes consideraciones a manera de Conclusiones y como respuesta al formulario motivo de la diligencia:

"a. Los terrenos objeto del experticio presentan dos condiciones completamente diferentes con relación a la calidad del suelo y su condición de zona de baja mar.

"* El predio denominado "Las Hamacas", terreno consolidado y distanciado en aproximadamente 500 metros del Mar Caribe.

"* El predio denominado "La Hamaca", terreno no consolidado (playa) y localizado en su totalidad dentro de los cincuenta (50) metros medidos desde la línea de más alta marea.

"b. Su extensión y delimitación de playa o playas de uso público de acuerdo a lo descrito en el Parágrafo 2, Artículo 2, Título I y Artículo 166, Capítulo I, Título IX del Decreto Ley 2324 de 1984.

"* El predio denominado "Las Hamacas", no es Jurisdicción de DIMAR y no tiene en ninguno de sus puntos características de Playa.

"* El predio denominado "La Hamaca", es Jurisdicción de DIMAR, por estar situado dentro de los cincuenta (50) metros desde la línea de más alta marea hacia adentro, por sus características geomorfológicas y por ser zona que alcanza a ser bañada por la ola en marea alta.

"Se incluye en su totalidad en lo que se considera bienes de uso público" (folios 215 y 215 último Cdo. Ppal).

No obstante la claridad de lo expuesto existen dentro del proceso pruebas que apuntan hacia una realidad diferente. Así, se observa:

a) Diligencia de inspección ocular hecha por el Incora, en la que se afirma, sin explicación alguna: "El predio no hace parte de las playas y no existe vegetación a excepción de algunos trupillos y gramíneas que son propias de estos suelos" (20 de marzo de 1979, folio 22).

b) Inspección judicial de 12 de octubre de 1990 practicada en asocio de peritos por el tribunal de primera instancia (a f. 82 y ss del c. ppal). Durante la diligencia dictaminaron los peritos así:

"AL PUNTO PRIMERO, manifestaron: a) UBICACION: Por el norte calle de por medio con la Cabañita una longitud de 51.4 metros, por el ESTE predio vació (sic) con longitud de 60.5 metros; por el SUR calle de por medio con terrenos de **la Corporación Nacional de Turismo y longitud de 71.6 metros por el OESTE con** línea quebrada, primer tramo de 45.8 metros más un segundo tramo de dirección Nor Oeste de 20 metros, encerrándose de esta forma la poligonal del lote. b) DELIMITACION DE LA PLAYA MARTIMA (sic): El predio dista de la línea de más alta marea por el Norte 21.6 metros; por la parte media a la altura de la intercecsión (sic) del lindero Oeste mide 27.5 metros hasta la línea de agua; Por el Sur dista 25 metros de la línea de agua. c) CARACTERISTICAS DEL LOTE EN SU LIMITE CON LA PLAYA: El lote se encuentra sobre terrenos consolidados, no tiene características de playa; pero 25 metros de él se encuentran bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria. d) CONSTRUCCIONES: Las construcciones no están ocupando franja de playa, por encontrarse como ya se dijo el lote dentro del terreno consolidado; sin embargo y como ya se expresó dentro de la franja que corresponde a la Dirección de DIMAR, dentro de los límites señalados por el Decreto 2324 de 1984 se encuentra el muro del cerramiento al lindero occidental así como la vivienda o campamento provisional construido en bloques, calados y Eternit.

Se observa que en dicha diligencia intervino como experto el C T de Fragata Jorge E. Urbano Rosas, quien luego sostiene lo contrario, no sólo al ser interrogado por el tribunal administrativo de Bolívar (a fls 283 y ss), sino en "el informe pericial de jurisdicción" que rindió el 27 de febrero de 1992 (a fls. 229 y ss) a instancia de la Procuraduría General.

De lo anterior se infiere:

1) Que el dictamen rendido ante el tribunal de primera instancia, no merece acogida porque carece de fundamentación. Sus afirmaciones son gratuitas en cuanto a la índole del terreno afectado con la adjudicación y sin explicación alguna. De su lectura se desprende que los peritos no cumplieron con su deber y le prestaron un flaco servicio a la justicia.

Pierde también credibilidad el dictamen cuando el perito Urbano Rosas, ya en un estudio más concienzudo, llega a otras conclusiones. Así en "el informe pericial de jurisdicción", anota:

> "... El predio "La Hamaca" se localiza sobre terrenos de la nación; son terrenos o áreas de playa que actualmente han sido alteradas mecánicamente por el hombre, dando le apariencia de ser consolidadas por los rellenos que allí se han efectuado; el predio fue observado en momentos de baja marea y esto permitió determinar las siguientes medidas desde un muro de cemento que delimita el predio hasta la línea de agua así: Por el extremo norte dista de la línea de más baja marea 21,60 metros y en el sur dista 25,0 metros". (folio 232 Cdo. ppal).

En este mismo sentido, el mismo oficial Jorge Enrique Urbano Rosas, declara ante el tribunal:

> "Posteriormente en febrero de 1992 el suscrito fue nombrado nuevamente por el Tribunal para realizar una inspección al predio "LAS HAMACAS" y "LA HAMACA" ante lo cual procedí a coordinar esta segunda visita; teniendo conocimiento de que personalmente había realizado sobre el mismo predio una inspección ocular y con el fin de preveer (sic) que la diligencia fuera completa desde el punto de vista técnico en todos los términos que lo requería la ley, me desplacé al área con un equipo de personas del C.I.O.H. para adelantar dicha inspección en forma completa desde el punto de vista geológico y biológico; encontrándonos en el predio se realizaron perforaciones en el suelo y se tomaron muestras para hacerles estatigrafía lo cual nos permitiría determinar la distribución vertical de los sedimentos presentes en el predio; igualmente se efectuó un análisis biológico pare definir la edad de los árboles; las anteriores medidas se tomaron en razón a que con la evolución del tiempo la Dirección General Marítima ha impartido nuevas normas e instrucciones para definir los terrenos de la Nación y especialmente para la elaboración y presentación de informes

técnicos; el resultado de esta segunda inspección que fue realizada en una forma completa permitió definir el predio como un terreno de la Nación. Me permito aclarar que la diferencia de los dos conceptos emitidos obedeció a la forma técnica como se efectuaron las inspecciones en el tiempo real, hablo de real porque se está abocando la situación presente del predio y no su estado con relación con la evolución del tiempo, esto en razón a que no se ha tenido en cuenta que en 200 años atrás, éstas eran áreas cubiertas por el mar; los dos conceptos como lo dije anteriormente no son contradictorios y están contemplados en el artículo 166 del Decreto 2324 de DIMAR; posteriormente a este segundo peritazgo el C.I.O.H. ha desarrollado en esta misma zona un proyecto identificado como el Censo de Areas de Bajamar dirigido por el suscrito y en el cual se han clasificado la franja de playa y se ha determinado la jurisdicción de DIMAR quedando incluido el predio "LA HAMACA" como parte de terreno de la Nación..." (fls 284 y 285 Cdo. Ppal.).

Fuera de lo anterior, una vez más la Sala tiene que destacar la forma irregular como el Incora está cumpliendo sus cometidos. La adjudicación aquí impugnada es otra muestra de desidia y de mala administración.

Así, no será extraño que mañana el Incora, sin fórmula de juicio, adjudique la Plaza de Bolívar, el cauce del río Magdalena, las islas del Rosario, etc.etc.

Se afirma lo precedente porque el proceso de adjudicación que culminó con la resolución No. 00433 de 24 de julio de 1979 "deja pesares en el alma", como diría en asunto similar el señor Consejero Uribe Acosta.

Y se hace la afirmación precedente aunque los antecedentes administrativos estén incompletos y algunos ilegibles (con la cordial y culta advertencia que hace el Incora a folio 6), porque permiten pensar que la adjudicación de esa playa fue enteramente gratuita (sin respaldo probatorio y sin justificación alguna) a persona que no ejercía ni podía ejercer a la sazón actos de dominio sobre el predio. Sobre éste no había plantaciones puestas por el hombre ni construcción alguna, sino sólo unas pocas plantas propias de la zona; y que solo, el sedicente explotador habilidosamente, estaba por medios artificiales consolidando el terreno con una máquina limpiadora.

Se manejó en el presente asunto muy bien el equívoco, porque el señor Alfonso Londoño Ochoa no solo figura como favorecido con una doble adjudicación (predios "La Hamaca" y "Las Hamacas"), lo que legalmente no está permitido, sino que al expediente solo se arrimó la documentación del inmueble que no está en discusión; de nombre parecido, localizado cerca pero no sobre la playa. En parte alguna del expediente aparece que los colindantes fueron citados y oídos en declaración como lo exige la ley; y la diligencia de inspección ocular practicada por el Incora es de tan pobre contenido que más parece el cumplimiento de una rutina burocrática amañada que el cumplimiento de un deber que se juró cumplir.

Estima la Sala que la Procuraduría deberá iniciar las investigaciones de rigor en este caso, e igualmente deberá investigarse al oficial naval Jorge E. Urbano Rosas, porque su conducta dentro de este proceso deja qué desear.

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 27 de septiembre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena. En su lugar:

Declárase la nulidad de la resolución No. 00433 de 24 julio de 1979 dictada por la Dirección Regional del Proyecto Magdalena (Incora), por medio de la cual se adjudicó como baldío el predio "La Hamaca", Paraje Pozos Colorados, corregimiento de Gaira (Municipio de Santa Marta), al señor Alfonso Londoño Ochoa.

Cancélese ante la Oficina de Registro de Santa Marta, el registro efectuado con motivo de esa adjudicación en agosto de 1979 (matrícula 080-0011924).

Expídanse las copias con destino a la Procuraduría General para que si lo estima procedente, investigue a los funcionarios que tuvieron que ver con la adjudicación aquí cuestionada y al oficial naval Jorge E. Urbano Rosas.

Expídanse las copias para su cumplimiento. Publiquese en los Anales de la Corporación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO/ARBITRO–Nombramiento/**ARBITRO**–Requerimiento/**JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO/COMPETENCIA/CONSEJO DE ESTADO**

No existe "norma alguna que le señale competencia al Consejo de Estado para el trámite de requerimientos y nombramiento de árbitros", asunto que está atribuido por las leyes a los jueces civiles del circuito (art. 9o. del Decreto 2279 de 1989).

NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL–Causales/**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**

Los dos hechos restantes alegados por el censor no se encuentran instituidos como causal de nulidad del laudo en los diversos ordinales del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, razón suficiente para no considerarlas, dado que se tiene por establecido que dichas causales de anulación han sido enlistadas, de modo taxativo por la ley, circunstancia que exige para ellas una interpretación restringida, estándole vedado al intérprete cualquier licencia extensiva sobre el particular.

LAUDO ARBITRAL–Procedimiento

Si el Decreto 2279 derogó el procedimiento previsto en el Código de Comercio al cual se remitía el artículo 76 del Decreto 222 de 1983, no hay duda de que la remisión legal tiene por destino el decreto modificatorio, el 2279, en donde figura el procedimiento que echa de menos el censor; el argumento según el cual esta última norma regla la composición de conflictos entre particulares es altamente deleznable, pues otro tanto ocurría con el Código de Comercio, a cuya aplicación sin embargo, no se le opuso ningún obstáculo.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/LAUDO EXTRAPETITA

Si se observa la decisión del Tribunal se advierte que las condenas identificadas con los literales A, B y C del ordinal 2o., corresponden exactamente con las reclamaciones que, a juicio de los árbitros, había formulado el actor; sin embargo, la congruencia o incongruencia del fallo se debe deducir luego del análisis comparativo entre las peticiones del actor, las excepciones del demandado, y las decisiones del juez. Para efectos de la congruencia del fallo, los extremos que se deben comparar están constituidos, de un lado, por la parte resolutiva de la sentencia y, de otro, por las pretensiones y excepciones propuestas; y, como también se anotó, entre las pretensiones que formuló el actor figura, de modo reiterado, la declaración de incumplimiento contractual a cargo del SENA.

LAUDO ARBITRAL TECNICO/ANULACION LAUDO ARBITRAL– Causales

El hecho de que se produzca el arbitramento en derecho y no uno técnico no está consagrado como causal de nulidad en ninguna disposición.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. 6751. Actor: SENA. Opositor: Juan Martín Gutiérrez Aragón.

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, contra el laudo arbitral del 17 de abril de 1991 y su adición producida el 24 de abril del mismo año, ambas providencias proferidas por el Tribunal de Arbitramento constituido con el objeto de dirimir las controversias suscitadas entre el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, de una parte, y el Ingeniero JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON, de otra.

En la primera de las mencionadas providencias se dispuso:

"**PRIMERO:** Declarar que el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, incumplió el contrato de obra pública No. 002283 de fecha 26 de diciembre de 1985 y su adicional.

"**SEGUNDO:** Condénase al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, a pagar al contratista Juan Martín Gutiérrez Aragón los siguientes valores por los conceptos que aquí mismo se explican:

"A. OBRAS CONTRATADAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS.

La suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($2.420.587,51), MONEDA CORRIENTE por concepto de obras ejecutadas y no pagadas, más los intereses de plazo Bancario corriente desde febrero 22 de 1989 y hasta dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este laudo, que serán liquidados conforme a las Resoluciones 1700 de mayo 20 de 1988, 1361 de mayo 3 de 1989 y 1851 de mayo 25 de 1990 todas de la Superintendencia Bancaria (Folio 2 Cuaderno 2) y de allí en adelante moratorios a la tasa vigente al momento del pago.

"B. POR PERMANENCIA EN LA OBRA DERIVADA DE LAS SUSPENSIONES:

La cantidad de CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS ($14.815.672,84) MONEDA CORRIENTE, más los intereses de plazo Bancario corriente desde el 22 de febrero de 1989 y hasta dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este Laudo que serán liquidados conforme a las Resoluciones 1700 de mayo 20 de 1988, 1361 de mayo 3 de 1989 y 1851 de mayo 25 de 1990, todas de la Superintendencia Bancaria (folio 2 cuaderno 2) y de allí en adelante moratorios a la tasa vigente en el momento del pago.

"C. POR DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO:

La suma de SIETE MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON TRECE CENTAVOS ($7.307.774,13) MONEDA CORRIENTE más los intereses corrientes Bancarios a partir de la ejecutoria de este laudo y dentro de los seis meses siguientes y moratorios con posterioridad a esa fecha conforme a las tasas vigentes el día en que el pago se verifique.

"TERCERO: Condénase al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, al pago de las costas causadas y comprobadas en este proceso arbitral. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000.oo) MONEDA CORRIENTE.

"LIQUIDACION:

Cincuenta por ciento (50%) de los gastos de constitución y funcionamiento de este Tribunal,	$1'950.000.oo
Agencias en derecho	$3'000.000.oo
TOTAL	$4'950.000.oo

SON: CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE.

"CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el art. 35 del decreto 2279 de 1989, por el Presidente protocolícese el expediente contentivo de este proceso en la Notaría Treinta y Cinco de Bogotá.

"QUINTO: En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 176 del Código Contencioso Administrativo, expídanse copias de este laudo con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA". (fls. 328 a 330).

Por la segunda, el mismo Tribunal de Arbitramento resolvió:

"PRIMERO: Adiciónase el laudo de fecha diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991) incluéndose (sic) en la liquidación de costas contenida en el mismo la suma pagada por el ng. Juan Martín Gutiérrez Aragón a los peritos Economista y Contador. En consecuencia la liquidación quedará así:

"LIQUIDACION.

"50% de los gastos de constitución y funcionamiento de este Tribunal	$1'950.000.oo
Agencias de derecho	$3'000.000.oo
Honorarios de los peritos Contador y Economista, debidamente acreditados	$ 500.000.oo
TOTAL	$5'450.000.oo

SON: CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE.

"SEGUNDO: Niégase la complementación del laudo en cuanto se refiere al desequilibrio financiero del contrato en la forma solicitada en el memorial del 24 de abril de 1991". (fls. 344 a 345).

EL RECURSO

El señor apoderado judicial del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, en el escrito mediante el cual sustenta el recurso (fls. 351 - 361), formula varios cargos en contra del laudo arbitral que es objeto de su impugnación, así:

1.- "LA CONSTITUCION DEL TRIBUNAL ARBITRAL UNA NULIDAD OPORTUNAMENTE ALEGADA, NO DECIDIDA Y NO SANEADA" (fl. 352).

Según el recurrente, "en la integración y constitución del Tribunal Arbitral se incurrió en una serie de vicios..." que sistematiza así:

"a) La ausencia de jurisdicción y competencia en la designación de los árbitros", pues tal función debe realizarla, en caso de desacuerdo, el Consejo de Estado y no el Juez Civil del Circuito como ocurrió en este caso. Tal circunstancia vicia, desde su nacimiento, el proceso aunque **no formula "acusación por ese hecho en sí mismo...".**

"b) Se procedió a la designación de los árbitros sin que previamente se hubiera realizado en legal forma el requerimiento", pues el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá notificó el requerimiento a la Dra. Nury Torres de Montealegre, Jefe de la Oficina Jurídica del Sena, quien no está facultada para designar árbitros, asunto que es competencia del Director General de la entidad.

"c) La designación se hizo con base en un procedimiento inexistente", pues el decreto 2279 de 1989 derogó las normas sobre arbitramento del Código de Comercio y desapareció la posibilidad de arbitraje para la administración.

Señala además el recurrente que "al folio 219 del cuaderno principal obra una solicitud de nulidad formulada por la apoderada..." del SENA, que no fue resuelta por el Tribunal Arbitral.

2.– "IMPOSIBILIDAD DE DECIDIR SOBRE LAS CUESTIONES SOMETIDAS A LA DECISION DEL TRIBUNAL".

Invoca, en este punto, la causal 8a. del artículo 38 del decreto 2279 de 1989, por cuanto, a juicio del recurrente, era imposible someter a la decisión del Tribunal de Arbitramento los asuntos sobre los cuales decidió, sin antes dar cumplimiento al párrafo final del artículo 24 del Decreto 222 de 1983, que se refiere a la potestad que tiene la administración para interpretar unilateralmente los contratos administrativos.

> "En el caso presente y con una absoluta lealtad procesal el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" desde la misma audiencia en la que se designaron los árbitros, ha planteado que esa etapa previa y *sine qua non* que abre paso a la competencia del Tribunal Arbitral, no se cumplió y que, por lo mismo, toda la competencia y jurisdicción de tal organismo carece de validez" (fl. 354).

3.– "TOTAL INCONGRUENCIA DEL LAUDO ARBITRAL"

Con apoyo en la misma causal octava, manifiesta que las "decisiones proferidas en el asunto *sub-júdice*... recayeron sobre puntos que no fueron sometidos a la decisión de los árbitros, sino que éstos a través de una supuesta interpretación de la demanda, se auto otorgaron tal competencia".

Arguye que las pretensiones del Ingeniero Gutiérrez Aragón son tan confusas, contradictorias y ajenas a controversias contractuales, que impedían un pronunciamiento del Tribunal; hasta el punto de que éste debió interpretarlas sin que se supiera "cuáles fueron... los puntos de controversia contractual sometidos a la decisión de los árbitros...", circunstancia que genera, *ratione materiae*, la falta de competencia.

4.– "EL LAUDO RECAE SOBRE PUNTOS QUE NO FUERON OBJETO DE CONTROVERSIA".

Siempre con fundamento en la causal octava, el recurrente, luego de transcribir los tres puntos en que el Tribunal de Arbitramento concretó las diferencias entre las partes, señala:

> "Bajo el supuesto de que las controversias que son objeto del arbitramento sean susceptibles de interpretación en la forma que lo realizó el Tribunal; interpretación que como quedó demostrado anteriormente no es posible; pero para efectos del presente cargo se admite, es de elemental sindéresis que esas y sólo esas, eran las pretensiones que se podían fallar. No podía el Tribunal entrar a interpretar las pretensiones de la parte y luego fallar sobre puntos distintos como ocurrió aquí.
>
> "El Tribunal apartándose de su interpretación decidió:
>
> "PRIMERO: Declarar que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, incumplió el contrato de obra pública No. 002283 de fecha 26 de diciembre de 1985 y su adicional" (fl. 358).

5.– "EL LAUDO RECAE SOBRE PUNTOS QUE NO PUEDEN SER OBJETO DE CONTROVERSIA ARBITRAL EN DERECHO".

Sostiene el recurrente que "los valores cobrados y el reajuste de precios no pueden ser objeto de arbitramento en derecho sino de arbitramento técnico", en los términos del ítem 12.3 del contrato 002283 y del artículo 46 del decreto 2279 de 1989.

El recurrente reflexiona en estos términos:

> "Un interrogante se nos presenta a *prima facie:* ¿Cuándo se pactan, como en el caso presente, un arbitramento en derecho y otro técnico, cuáles controversias quedan sometida al uno y cuáles al otro? Sin importar cual sea la respuesta a tan difícil cuestión, es lo cierto que en el presente caso los posibles puntos controvertidos correspondían más a un arbitraje técnico que a uno en derecho, la lectura del laudo así lo demuestra, por demás se observa que se acudió al experticio de ingenieros, arquitectos, economistas y contadores. ¿Será, entonces, que el punto era más de derecho que técnico? No. No lo era." (fl. 359).

6.- "EL LAUDO SE PRONUNCIO FUERA DEL TERMINO LEGAL".

Esta vez invoca la causal 5a. del artículo 38 del decreto 2279 de 1989, para señalar que el artículo 19 de dicho decreto, reformado por el 103 de la ley 23 de 1991, prevé un término de 6 meses para finalización del proceso, contados a partir de la primera audiencia de trámite; "En el presente caso es de anotar que hay dos posibles fechas de la primera audiencia de trámite: una primera el 22 de agosto de 1990. La segunda el 18 de septiembre de 1990.

"Aparentemente, como consecuencia de una nulidad, la fecha a tener en cuenta sería el 18 de septiembre de 1990 en cuyo caso el laudo se hallaría proferido en término. Empero es del caso anotar que la verdadera fecha de la primera audiencia es el 22 de agosto de 1990; esta fecha se fijó originalmente y la audiencia se realizó. Con posterioridad se decretó la nulidad de tal audiencia por cuanto la citación a ella se notificó indebidamente.

"La nulidad en que se incurrió era subsanable, por lo mismo lo que procedía era ponerla en conocimiento de la parte afectada para que ella expresara si procedía o no subsanarla. Contrariando la ley el Tribunal procedió a declararla de oficio sin tener competencia para ello. Es pues evidente que la verdadera fecha es el 22 de agosto de 1990 por lo cual el laudo debía pronunciarse a más tardar el 22 de febrero de 1991. El laudo se profirió el 17 de abril de 1991 luego se profirió por fuera del término.

"Los apoderados de las partes presentaron una solicitud de suspensión y prórroga. Curiosamente la solicitud de suspensión fue decidida, pero sobre la de prórroga jamás existió pronunciamiento del Tribunal Arbitral". (fl. 360).

REPLICA DE LA PARTE OPOSITORA

El señor apoderado de Juan M. Gutiérrez, en escrito visible a folios 365 a 385 del C. principal, contradice la exposición del recurrente con razones que conducen, según él, unas al rechazo del recurso y otras a la no prosperidad del mismo.

A juicio de la Sala resulta inútil considerar las primeras, vale decir las que invoca el opositor para el rechazo del recurso, por cuanto una decisión de tal naturaleza, en el entendido del artículo 39 del decreto 2279 de 1989, se ha de adoptar de plano, es decir, sin trámite alguno, antes de avocar conocimiento. Como en este caso, el recurso recibió todo el trámite legal, se debe proceder a decidirlo, para lo cual se tendrá en cuenta el segundo orden de razones expuestas por el opositor y cuyo objeto es la no prosperidad del mismo.

I.- En relación con el primer cargo, luego de señalar que se sitúa en la causal 1a. de artículo 38 del decreto 2279 de 1989, y que el impugnante la renunció como motivo de nulidad, expresa:

a) A la Jefe de la oficina jurídica del SENA, le han sido delegadas funciones mucho más amplias que la simple notificación de las demandas, como la de "REPRESENTAR AL DIRECTOR GENERAL EN TODOS AQUELLOS ACTOS DE CARACTER PROCEDIMENTAL, JUDICIAL O ADMINISTRATIVO, EN LOS QUE DEBE INTERVENIR EN SU CALIDAD DE REPRESENTANTE LEGAL DEL SENA" (fl. 371), en la cual están incluidas las de actuar en requerimiento y designar árbitros.

b) El Decreto 2279 de 1989 no derogó el arbitramento en asuntos administrativos.

c) La falta de pronunciamiento sobre una nulidad procesal "jamás constituye causal de nulidad sustancial (artículo 2o., Ley 50 de 1936) o procesal (artículo 140 del C. de P.C.)"; de otro lado, si bien no fue decidida expresamente, si lo fue de modo implícito "no solo en la primera audiencia de trámite al examinar su competencia sino a todo lo largo y ancho de su fallo, pues de otra manera, de no encontrarse con jurisdicción o competencia, no hubiera entrado a resolver sobre el fondo del asunto".

d) De existir falta de jurisdicción, ese defecto no es atribuible a los árbitros sino al Juez Civil del Circuito en cuanto concierne a la designación de los primeros; sin embargo, tal carencia no existe, pues el artículo 9o. del decreto 2279 de 1989 y 101 de la ley 23 de 1990 atribuyen dicha función al Juez del Circuito.

e) Si el asunto se enmarca en la causal segunda del decreto citado, ésta se debe alegar en la primera audiencia de trámite o interponer el recurso de reposición contra la decisión del Tribunal por lo cual se reconoce competencia; ninguna de tales conductas observó el censor.

II.– Sobre el segundo de los cargos, el opositor compara la disposición contenida en el artículo 24 del Decreto 222 de 1983 y los planteamientos del actor para señalar sus discordias; finalmente puntualiza:

> "... no señala (por supuesto porque no existe) ninguna convocación del SENA al contratista exponiéndole a este su criterio, ni el acta de resultados de la reunión ni el desacuerdo interpretativo ni la notificación al contratista de la resolución motivada, señalando la entidad la forma **como el contrato deba ser ejecutado,** todo lo cual debería haber aportado la administración en demostración de haber ejercido la facultad interpretativa que ahora invoca, porque tampoco se trata de que la sola omisión de la Administración impida abrir la vía jurisdiccional indefinidamente: Ninguna facultad por exorbitante podría llegar a tales desafueros.
>
> "Invoca pues, el censor una norma que en lugar de subsumir la hipótesis por él planteada, la desmiente de manera categórica" (fl. 377).

III.– Respecto del cargo tercero, el opositor distingue el fallo incongruente del fallo contradictorio para determinar que el primero es "ajeno al problema de la competencia"; explica también que "el recurso de anulación es fundamentalmente un problema

procesal y no sustancial", en el cual no existe la causal de violación de la ley sustancial que permita al juzgador examinar el error manifiesto de hecho.

Determina luego los temas del conflicto suscitado entre las partes que fueron expresados de diversas maneras a lo largo del mismo, así: en las observaciones al acta de liquidación, en la solicitud de requerimiento al SENA para la designación de árbitros y en la demanda presentada ante el Tribunal, en la cual "se formulan dos juegos de pretensiones principales, cada una con sus respectivos consecuenciales".

> "... EL PRIMER JUEGO DE PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS HACEN RELACION A LAS OBRAS PACTADAS Y EJECUTADAS Y NO PAGADAS y los efectos derivados del no pago; el SEGUNDO JUEGO DE PRETENSIONES PRINCIPALES SE REFIERE A LA SUSPENSION DEL CONTRATO y las consecuencias que se piden por esa suspensión.
>
> "Ahora bien, cada JUEGO DE PRETENSIONES tiene sus SUBSIDIARIAS. Así el PRIMER JUEGO DE PRETENSIONES PRINCIPALES, tiene juego de pretensiones subsidiarias que hacen TODAS relación al no pago de las obras contratadas, ejecutadas y no pagadas; el SEGUNDO JUEGO DE PRETENSIONES tiene juegos de pretensiones subsidiarias TODAS relacionadas con la suspensión del contrato" (fl. 378).

IV.– Sobre el cuarto de los cargos se pronuncia así:

> "... el no pago de lo debido por un contrato así como las suspensiones que llevaron a asumir al contratista una serie de gastos que no fueron reconocidos ni pagados, son jurídicamente incumplimientos y si a raíz de ellos se desequilibra el contrato, es indudable que las consecuencias que resumió el Tribunal tienen que estar precedidas, por imperativo lógico y jurídico, de la declaratoria de incumplimiento, entre otras múltiples razones adicionales, porque la naturaleza del laudo es declarativo de condena.
>
> ""Como se dijo más arriba, el propio impugnante reconoce que el actor pidió ese incumplimiento, con lo que él discrepa es con que el Tribunal haya reducido el *thema decidendum* y al resolver agregue el de incumplimiento. Habiendo la parte pedido incumplimiento y eso lo fallado, no puede existir incongruencia, pues esta resulta de comparar lo pedido y lo fallado; no de la comparación de lo fallado" (fls. 380-381).

V.– En relación con el quinto cargo, manifiesta:

> a.– Las razones alegadas por el recurrente no constituyen causal de anulación prevista en la ley; la causal octava invocada en la sustentación "se refiere a la incongruencia y no a la naturaleza del arbitramento"; la que se refiere a este

evento es la sexta "y está instituida para el exclusivo caso en que el laudo hubiere fallado en conciencia debiendo ser en derecho, ni siquiera al contrario...".

b.– No se trataba de discrepancias técnicas sino jurídicas, lo cual no impide que, para la adopción de la decisión correspondiente, se acuda al dictamen de expertos.

VI.– Respecto de la censura final expresa:

a.– Las fechas de las primeras audiencias de trámite que señala el recurrente, son incorrectas; ellas se realizaron el 17 y el 18 de octubre de 1990.

b.– Las partes habían facultado expresamente para la suspensión y la prórroga; la afirmación en contrario del censor es temeraria; el Tribunal resolvió sobre la suspensión y sobre la prórroga el 6 de febrero de 1991; la solicitud se fundó en necesidades del SENA.

"La primera audiencia válida ocurrió el 18 de octubre de 1990; no puede contarse el término desde la declarada nula, siendo las alegaciones del impugnante desafortunadas pues ni el Consejo de Estado tiene facultades para declarar como válido lo que el juzgador de instancia declaró nulo, por la muy simple razón de que no hay causal de anulación para tal efecto.

"De otro lado, el Tribunal procedió correctamente al considerar que no se había hecho personalmente una notificación que así lo ordena el decreto 2279 de 1989, actuación que está respaldada por el artículo 313 del C. de P. C., y que aun frente a alguna irregularidad, con esta no se violó ningún derecho de las partes ni fue alegado oportunamente el vicio.

"Que el 18 de octubre de 1990 al 17 de abril de 1991, fecha del laudo, no habían transcurrido 6 meses.

"Que además, el término del arbitraje resultó siendo de 8 meses (artículo 19, decreto 2279 de 1989), pues por una parte la SUSPENSION fue decretada el 21 de diciembre de 1990 extendiéndose hasta el 21 de enero de 1991; y el 6 de febrero de 1991, se accede a la prórroga solicitada por las partes por un mes.

"Aun contando desde la fecha falsa que da el recurrente y que señala como del 21 de agosto de 1990, al 17 de abril de 1991, se tiene que el fallo fue producido en tiempo" (fl. 384).

LA SALA CONSIDERA

A.– De conformidad con los artículos 128-12 del C.C.A., 20 del Decreto 2279 de 1989, la ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 del mismo año, esta corporación es competente para conocer y decidir el recurso de anulación propuesto.

B.– Los cargos que se formulan en contra del laudo impugnado quedaron ampliamente expuestos en la primera parte de esta providencia, conjuntamente con la réplica, para cada uno de ellos, de la parte opositora.

C.– Siguiendo el plan trazado por la Sala en asuntos similares, resumirá los antecedentes que originaron la controversia (capítulo I); hará algunas consideraciones de carácter general acerca del recurso que ocupa la atención de la Sala (capítulo II); presentará las condenas efectuadas por el Laudo Arbitral (capítulo III); analizará cada uno de los cargos formulados por el impugnante así como las réplicas del opositor (capítulo IV); y deducirá las conclusiones y el fallo definitivo (capítulo V).

– I –

ANTECEDENTES

1.– E 26 de diciembre de 1985, el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca, y el Ingeniero Juan Martin Gutiérrez Aragón, celebraron el contrato de obra pública No. 002283, cuyo objeto fue "la construcción del Centro Múltiple de Fusagasugá, a precios fijos", durante un término de "26 semanas contadas a partir de la entrega del anticipo que se efectuará una vez perfeccionado el contrato" y por un valor de $40.426.811.10.

La cláusula décima segunda del contrato previó el arbitraje de la siguiente manera:

> "12.1. Tribunal: Las partes contratantes declaran expresamente que el presente contrato se rige por las normas administrativas y civiles, sometiéndose desde ahora para todas las diferencias que durante su desarrollo puedan surgir, a decisión de árbitros nombrados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 del Decreto 222 de 1983. Se entiende que las acciones ejecutadas que pudieren derivarse del contrato, se podrán remover ante los Jueces Ordinarios.
>
> "12.2. Gastos del Tribunal: Si una de las partes no consignare oportunamente la suma señalada por el Tribunal para gastos del mismo, la otra podrá consignarla en su nombre y solicitar su aplicación de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 670 del C.P.C. Cualquiera de los árbitros designados que no hubiere aceptado el cargo dentro de los diez (10) días siguientes a la comunicación de su nombramiento, será reemplazado en la misma forma empleada para su designación e igual cosa ocurrirá en cualquier otro caso de vacancia del cargo.
>
> "12.3. Arbitramento Técnico: En caso de necesitarse el arbitramento técnico, se seguirán las normas establecidas en el Decreto 222 de 1983, en especial las consignadas en su artículo 77 y las relativas a competencia y jurisdicción de los árbitros designados" (fls. 13 y 14 del C. 3).

2.– El 28 de diciembre de 1987, en desarrollo de la cláusula quinta del convenio anterior, las mismas partes contratantes celebraron el contrato adicional No. 002566

con el propósito de "legalizar las obras adicionales, aprobadas por la Gerencia Regional"; en él se amplió el término del contrato en 90 días más así como su valor en $15.582.161.12.

3.– Los contratos –el principal y su adición–, fueron liquidados el 22 de febrero de 1989, según acta que el contratista suscribió con estas observaciones.

> "– El contratista firma la presente Acta de Liquidación Final de Obra sin perjuicio de:
>
> "1.– De la obra que no se le ha pagado como es la excavación a mano y el relleno en tierra negra, para pradizar, piso en grama, el suministro y montaje de aparatos sanitarios, fluxómetros, orinales, lavamanos, rejillas y pila en piedra.
>
> "2.– De la Celaduría y el Mantenimiento ejecutados.
>
> "3.– Del equilibrio financiero, de la indemnización, del pago de daños y perjuicios que surtieron en desarrollo de los Contratos para la construcción del Centro Múltiple del SENA en Fusagasugá" (fl. 21 C. 3).

4.– Fracasada la tentativa de integración conjunta del Tribunal de Arbitramento éste fue designado por el Juez Diez y Seis del Circuito de Santafé de Bogotá, los árbitros aceptaron el cargo, tomaron posesión del mismo y, el 11 de mayo de 1990, declararon instalado el Tribunal.

5.– Notificadas las partes y superado el incidente de objeción a los honorarios de los miembros del Tribunal y de la Secretaría, en la primera audiencia de trámite realizada el 17 de septiembre de 1990, el apoderado del Ingeniero Juan Martín Gutiérrez Aragón presentó por escrito, las cuestiones que se sometían al Tribunal de Arbitramento.

6.– El 25 de septiembre se declaró "la NULIDAD de todo lo actuado a partir de la notificación que fue surtida el veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa, a la Doctora ENITH ABELLO", y por consiguiente se señaló el 18 de octubre del mismo año para que se surtiera la primera audiencia de trámite.

7.– En esa fecha se reunió el Tribunal, se dio lectura a la cláusula compromisoria, el apoderado del Ingeniero Gutiérrez Aragón leyó el escrito señalado en el numeral 5 anterior, el Tribunal se declaró "competente para dirimir las diferencias suscitadas entre JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, "SENA", que le han sido sometidas" y decretó pruebas.

Las cuestiones que presentó a la decisión del Tribunal de Arbitramento el apoderado de Gutiérrez Aragón, son las siguientes:

"I. PRIMER JUEGO DE PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUS SUBSIDIARIAS.

PRIMERA.– Se DECLARE que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, incumplió el Contrato No. 2283 del 26 de diciembre de 1985, por no haberle cancelado al contratista JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON, las obras pactadas y ejecutadas, a que hacen referencia los hechos 6 al 10 de la demanda y de la manera como allí se indica.

"SEGUNDA: Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, también incumplió el mencionado Contrato al no incluir en la liquidación final a favor del Contratista JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON, los valores de las obras insolutas.

"TERCERA: Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, incurrió en culpa grave en la etapa precontractual, contractual y en la liquidación del expresado Contrato.

"CUARTA: Que en consecuencia de las peticiones anteriores, o de cualquiera de ellas, se CONDENE al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, a pagar a JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON el valor de los perjuicios ocasionados al Contratista, constituidos, entre otros, por:

"A. El valor unitario pactado (costo directo) para las obras relacionadas en el numeral 10 de la demanda.

"B. El valor de la Administración, Imprevistos y Utilidad –A.I.U.–, de acuerdo con lo que se establece en este proceso o en su defecto el 20%, acordado por las partes, liquidados sobre el valor total del costo directo de las obras insolutas.

"C. El valor de los ajustes correspondientes a las obras anteriores y de acuerdo con la fórmula sustituta que se establezca en el proceso o, en su defecto, de acuerdo con la pactada.

"D. El valor de la actualización de las sumas anteriores, para la cual se deben aplicar los procedimientos, criterios o sistemas adoptados por la Sección Tercera del Consejo de Estado y que busca obtener la corrección monetaria en que se compense la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano en el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha del incumplimiento y la producción de los daños y la fecha probable en que se efectúe el pago de los perjuicios, o, en su defecto, mediante la aplicación de cualquier otro procedimiento técnico que conduza a idéntico fin.

"E. El valor del lucro cesante de la cantidad actualizada, conforme al ordinal anterior, para el período comprendido entre la fecha de causación del daño y la

fecha en que se paguen los perjuicios. Si el monto del lucro cesante no pudiere ser establecido durante el término probatorio del proceso, se compensará con el reconocimiento de intereses a la tasa comercial moratoria vigente durante la mora, cálculo que se hará aplicando la tasa del interés a la cantidad ya actualizada para el período comprendido entre la fecha en que debieron cancelarse las obras impagadas hasta cuando se efectúe el pago de las mismas. En defecto de intereses moratorios, solicito concedan intereses corrientes comerciales; en defecto de aquellos y de éstos, intereses puros o técnicos del 6% del C.C.

"PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRINCIPALES.

"PRIMERA.– Se DECLARE que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, incumplió los Contratos Nos. 2283 del 26 de diciembre de 1985, y 2566 del 28 de diciembre de 1987 por no haberle cancelado al Contratista JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON, las obras pactadas y ejecutadas, a que hacen referencia los hechos 6 al 10 de la demanda y de la manera como allí se indica.

"SEGUNDA.– Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, también incumplió los mencionados Contratos al no incluir en la liquidación final a favor del Contratista JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON, los valores de las obras insolutas.

"TERCERA.– Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, incurrió en culpa grave en la etapa precontractual, contractual y en la liquidación de los expresados contratos.

"III. SEGUNDA SUBSIDIARIA A LAS PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA PRINCIPALES Y A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA.

"Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, es responsable de los daños de toda índole sufridos por el contratista JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON, imputables a la omisión de aquel consistente en no haberle cancelado las obras y materiales a que se refieren los hechos 6 al 10 de la demanda.

"TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRINCIPALES Y A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA Y A LAS MISMAS DE LA SEGUNDA SUBSIDIARIA.

"Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, es responsable de los perjuicios irrogados al contratista JUAN MARTIN GUTIERREZ

ARAGON por el hecho de no haber adoptado algún procedimiento, para pagar, una vez liquidado el contrato No. 2283/85, y, en su caso, el No. 2566/87, las obras incolutas.

"CUARTA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRINCIPALES Y A LAS MISMAS DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA Y DE LA SEGUNDA SUBSIDIARIA Y DE LA TERCERA SUBSIDIARIA.

"Que el contrato No. 2283/85 y en su caso el adicional, se desequilibraron económicamente al no pagarse oportunamente la totalidad de las obras relacionadas en el hecho No. 10 de la demanda y por lo tanto se ordene restituir su equilibrio ya sea de acuerdo a los ordinales "A" al "E" de la pretición (sic) CUARTA de las pretensiones principales o mediante cualquier otro procedimiento técnico, teniendo en cuenta la fecha de su pago real y efectivo.

"QUINTA SUBSIDIARIA A TODAS LAS ANTERIORES.

"Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, se enriqueció sin justa causa a expensas del patrimonio del Contratista al no pagar la totalidad de las obras pactadas que ingresaron a su patrimonio, sin que hasta el momento las haya cancelado a mi poderdante, por lo que se ordenará su pago restituyéndolo íntegramente el patrimonio de mi poderdante por cualquiera de las maneras indicadas anteriormente en estas pretensiones.

"II. SEGUNDO JUEGO DE PRETENSIONES PRINCIPALES.

"PRIMERA: Que se declare que el SENA incumplió el contrato No. 2283 del 26 de diciembre de 1985 al suspenderlo y mantenerlo suspendido desde el 18 de julio de 1986 hasta el 24 de mayo de 1988 (22 meses, 6 dìas).

"SEGUNDA: Que se declare que el SENA incurrió en CULPA GRAVE al suspender el contrato y durante el tiempo de la suspensión.

"TERCERA: Que se declare, a consecuencia de cualesquiera de las pretensiones anteriores, que el contratista incurrió en gastos de mantenimiento, conservación y vigilancia de la obra realizada hasta ese momento del contrato No. 2283/85.

"CUARTA: Que se declare que la fórmula de reajuste y el costo indirecto (A.I.U.) pactados en el contrato 2283/85 se rompieron económicamente debido a la prolongada y continua suspensión de la obra y ordene su complementación o reemplazo por las fórmulas que se establezcan en este proceso para aplicarlas en las de las actas de las obras entregadas en 1987 y 1988 y en los jornales con su factor de prestaciones sociales pactado en 1.97 (97%) (incluyendo su costo indirecto Administración, Imprevistos y Utilidad A.I.U.) que el contratista tuvo

que asumir a consecuencia de la suspensión del contrato 2283/85 ocurrida entre el 18 de julio de 1986 y el 24 de mayo de 1988.

"QUINTA: Que en consecuencia, se condene al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, a pagar al contratista JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON, el valor de los perjuicios materiales de toda índole ocasionados por la suspensión, constituidos entre otros, por:

"1. El valor de los gastos realizados en la conservación, mantenimiento y vigilancia de las obras suspendidas por el período transcurrido entre el 18 de julio de 1986 y el 24 de mayo de 1988, es decir, 22 meses y 6 días, suma que se obtendrá:

"a. Liquidado el costo de personal empleado para la conservación, mantemimiento y vigilancia, de acuerdo con los valores unitarios pactados en el contrato para dicho personal o para personal equivalente, o, en su defecto, por el valor en el mercado laboral de ese personal para esa época, o, por los salarios mínimos vigentes para esa época para personal del tipo del empleado, o, cualquier otro medio idóneo para tal fin.

"b. A la suma anterior debe agregarse el valor del costo indirecto pactado en el contrato que corresponde a Administración Imprevistos y Utilidad –A.I.U.– según la tasa que los peritos estimen para este A.I.U., o en su defecto el 20% pactado por ese mismo concepto.

"c. El valor de los reajustes según la fórmula que estime el Tribunal como idónea para reemplazar la pactada, o, en su defecto, ésta.

"d. El valor deberá actualizarse, mediante los sistemas, criterios y procedimientos adoptados por el Consejo de Estado y que buscan compensar la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano por el período transcurrido entre la fecha del incumplimiento contractual y la producción de los daños y la fecha en que se efectúe el pago de los perjuicios, o, en su defecto, mediante la aplicación de cualquier otro procedimiento técnico que conduzca a idéntico fin.

"e. El valor del lucro cesante de la cantidad actualizada, conforme al ordinal anterior, para el período comprendido entre la fecha de causación del daño y la fecha en que se paguen los perjuicios. Si el monto del lucro cesante no pudiere ser establecido en su valor mayor durante el término probatorio del proceso, se compensará con el reconocimiento de intereses a la tasa comercial moratoria o en su defecto a la tasa de intereses comerciales corrientes, o, en defecto de aquellos y éstos, a la tasa del interés puro o técnico del 6%.

"2. Por el valor resultante de la diferencia entre los reajustes y costo indirecto (A.I.U.) obtenidos con las fórmulas establecidas en este proceso aplicados a las

actas de entrega de obras recibidas en 1987 y 1988 por el SENA y los reajustes liquidados y pagados en esas mismas actas de recibo de obra y costo indirecto.

"Valor resultante que deberá actualizarse de acuerdo con el ordinal "d" del numeral 1 anterior para compensar la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano entre la fecha del incumplimiento contractual y la producción de los daños y la fecha en que se efectúe el pago de los perjuicios.

"Igualmente a título de lucro cesante deberá accederse a lo pedido en el ordinal "e" del numeral 1 anterior en el mismo orden allí expuesto.

"PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA PRINCIPALES.

"Que se declare que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, debe indemnizar los perjuicios de toda índole sufridos por el contratista JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON con motivo de la suspensión del contrato.

"SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA PRINCIPALES Y A LA SUBSIDIARIA ANTERIOR.

"Que se declare que por causa de la suspensión se rompió el equilibrio financiero del contrato 002283 de 1985 celebrado entre las partes que concurren a este Tribunal de Arbitramento.

"TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA PRINCIPALES; A LA PRIMERA SUBSIDIARIA Y A LA SEGUNDA SUBSIDIARIA.

"Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, se enriqueció en detrimento del patrimonio del contratista JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON al tener que asumir éste todos los costos y gastos adicionales que generó la suspensión del contrato razón por la cual debe ser completamente indemnizado por aquél.

"PRETENSIONES COMUNES A LOS DOS JUEGOS ANTERIORES.

"1. Que a la sentencia se le dé cumplimiento dentro del término establecido en el art. 121 del C.C.A. Si así no se hiciere, el SENA pagará intereses moratorios equivalentes al interés corriente doblado, sobre las sumas debidas a partir de la fecha en que se incurra en mora.

"2. Que se condene al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, en costas y gastos del proceso y del Tribunal de Arbitramento" (fls. 129 a 133).

8.– El proceso se suspendió, por petición de las partes, entre el 21 de diciembre de 1990 y el 12 de enero de 1991.

9.– El 17 de abril de 1991, el Tribunal de Arbitramento profiere el fallo, en Derecho; en él señala que, por las razones procesales anotadas, "...el 18 de octubre de 1990 (acta No. 6), se surte la primera audiencia de trámite en la cual nuevamente el apoderado del actor JUAN MARTIN GUTIERREZ, repite la misma relación de hechos y de pretensiones que ya había presentado y que por la forma en que están planteados, el Tribunal debe entrar a interpretarlas, deduciendo del cúmulo de las presentadas, que sus diferencias con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, se concretan en tres puntos:

"a) Que ejecutó obras y suministró elementos que contrató con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, obras que una vez recibidas no le fueron pagadas.

"b) Que como consecuencia de las suspensiones de la obra, ordenadas por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, y acordadas asumió gastos de vigilancia y mantenimiento de la obra, que tampoco fueron reconocidos ni pagados por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, lo que deriva en mayor permanencia en la obra.

"c) Que como consecuencia del no pago de la obra contratada y ejecutadas que se refiere al hecho 7o. y de las suspensiones, el contrato sufrió un desequilibrio financiero que también reclama se le reconozca por el SENA" (fls. 305 a 306).

– II –

NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES

En sentencia de 15 de mayo de 1992, expediente No. 3526, anulación del Laudo Arbitral de Carbones de Colombia S.A., CARBOCOL, Vs. CONSORCIO DOMI-PRODECO-AUXINI, con ponencia del Consejero, Dr. Daniel Suárez Hernández, la Sala trazó estas pautas:

"El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores *in procedendo* en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores *in judicando,* lo cual implica que no puede impugnarse el Laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un lado, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas.

"b) A través de los cargos que se formulen contra el laudo, dentro de los precisos y estrictos límites que imponían las taxativas causales del recurso, previstas por

el derogado artículo 672 del C. de P.C., y hoy por el art. 38 del Decreto 2279 de 1989, ha de pretenderse la información del Laudo *(judicium rescindens)*, sin que la decisión que adopte el Juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal de Arbitramento *(judicium rescisorium)*, como acontece, por ejemplo, con el recurso de apelación. Se exceptúa de lo anterior, como lo anota MORALES MOLINA, la causal 9a. del derogado art. 672 del C. de P.C., hoy causales de los numerales 7 a 9 del art. 38 del Decreto 2279 de 1989, **en cuyo caso incumbe al juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento** (cfr. Hernando Morales: "Estudios de derecho" Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1982, p. 237). De ahí que el penúltimo inciso del art. 672 citado hubiera previsto que en caso de hallarse próspera una de las causales 1a. a 6a., se debería decretar **"la nulidad de lo actuado";** en tanto que si encontrare fundada una de las causales 7a. a 9a. ambas inclusive, **"se corregirá o adicionará"** el laudo arbitral. Eso mismo prescribe el art. 40, inciso segundo del Decreto 2279 de 1989, que hoy rige la materia, al estabelcer que "cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 38 de este Decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará".

"c) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado **"principio dispositivo"**, conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas causales que la ley consagra. No debe olvidarse, a este propósito, que el recurso de anulación de que se trata, procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados (C.P.C., 672, inc. 1o., reemplazado por el art 37 del Decreto 2279 de 1989), lo cual envuelve una excepción legal al principio de la intangibilidad de las decisiones firmes pasadas con fuerzas ejecutoria. **Tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente al susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente "rogados".**

– III –

LAS CONDENAS IMPUESTAS POR EL LAUDO

Cumpliendo el trámite procesal correspondiente y con sujeción a las formalidades legales, el Tribunal de Arbitramento adoptó estas decisiones:

"PRIMERO: Declarar que el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, incumplió el contrato de obra pública No. 002283 de fecha 26 de diciembre de 1985 y su adicional.

"SEGUNDO: Condénase al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, a pagar al contratista Juan Martín Gutiérrez Aragón los siguientes valores por los conceptos que aquí mismo se explican:

"A. OBRAS CONTRATADAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS.

"La suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($2.420.587,51) MONEDA CORRIENTE por concepto de obras ejecutadas y no pagadas, más los intereses de plazo Bancario corriente desde febrero 22 de 1989 y hasta dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este laudo, que serán liquidados conforme a las Resoluciones 1700 de mayo 20 de 1988, 1361 de mayo 3 de 1989 y 1951 de mayo 25 de 1990 todas de la Superintendencia Bancaria (folio 2 Cuaderno 2) y de allí en adelante moratorios a la tasa vigente al momento del pago.

"B. POR PERMANENCIA EN LA OBRA DERIVADA DE LAS SUSPENSIONES:

"La cantidad de CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS ($14.815.672,84) MONEDA CORRIENTE, más los intereses de plazo Bancario corriente desde el 22 de febrero de 1989 y hasta dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este Laudo que serán liquidados conforme a las Resoluciones 1700 de mayo 20 de 1988, 1361 de mayo 3 de 1989 y 1851 de mayo 25 de 1990, toda la Superintendencia Bancaria (folio 2 cuaderno 2) y de allí en adelante moratorios a la tasa vigente en el momento del pago.

"POR DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO:

"La suma de SIETE MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL SETESCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON TRECE CENTAVOS ($7.307.774.13) MONEDA CORRIENTE más los intereses corrientes Bancarios a partir de la ejecutoria de este laudo y dentro de los seis meses siguientes y moratorios con posterioridad a esa fecha conforme a las tasas vigentes el día en que el pago se verifique.

"TERCERO: Condénase al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, al pago de las costas causadas y comprobadas en este proceso arbitral. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES DE PESO ($3.000.000.oo) MONEDA CORRIENTE.

"LIQUIDACION:

"Cincuenta por ciento (50%) de los gastos de constitución y funcionamiento de este Tribunal	$1'950.000.oo
Agencias en derecho	$3'000.000.oo
TOTAL	$4'950.000.oo

"SON: CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE.

"CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el art. 35 del decreto 2279 de 1989, por el Presidente protocolícese el expediente contentivo de este proceso en la Notaría Treinta y Cinco de Bogotá.

"QUINTO: En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 176 del Código Contencioso Administrativo, expídanse copias de este Laudo con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA" (fls. 328 a 330).

En providencia del 24 de abril de 1991, se pronunció así:

"PRIMERO. Adiciónase el Laudo de fecha diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991) incluyéndose en la liquidación de costas contenida en el mismo la suma pagada por el Ing. Juan Martín Gutiérrez Aragón a los peritos Economista y Contador. En consecuencia la liquidación quedará así:

"LIQUIDACION:

"50% de los gastos de constitución y funcionamiento de este Tribunal	$1'950.000.oo
Agencias en derecho	$3'000.000.oo
Honorarios de los peritos Contador y Economista, debidamente acreditados	$ 500.000.oo
TOTAL	$5'450.000.oo

"SON: CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE.

"SEGUNDO. Niégase la complementación del Laudo en cuanto se refiere al desequilibrio financiero del contrato en la forma solicitada en el memorial del 24 de abril de 1991" (fls. 344 a 345).

Como se dejó anotado, el recurrente invoca de modo expreso las causales 8a. (cargos 2o., 3o., 4o. y 5o.), y 5a. (cargo 6o.) del Decreto 2279 de 1989; para el primer cargo omite señalar la causal; pese a ello la Sala se ocupará de analizarlo.

PRIMER CARGO.– Tres puntos básicos lo conforman:

a.– El Juez Civil del Circuito carece de competencia para designar árbitros.

b.– La designación se hizo sin que se hubiese efectuado el requerimiento en forma legal.

c.– La designación se hizo con fundamento en un procedimiento inexistente.

Respecto de lo primero –y pese a que el recurrente manifiesta que por ese motivo no formula acusación– la Sala reitera lo sostenido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 7 de marzo de 1984 (Exp. S-071; Ponente Consejero Carlos Ramírez Arcila; Actor: Empocundi Ltda. y Carlos José Rubiano B.), en el sentido de que no existe "norma alguna que le señale competencia al Consejo de Estado para el trámite de requerimientos y nombramiento de árbitros", asunto que está atribuido por las leyes a los jueces civiles del circuito (artículo 9o., decreto 2279 de 1989).

Los dos hechos restantes alegados por el censor no se encuentran instituidos como causal de nulidad del laudo en los diversos ordinales del artículo 38 del decreto 2279 de 1989, razón suficiente para no considerarlas, dado que se tiene por establecido que dichas causales de anulación han sido enlistadas, de modo taxativo por la ley, circunstancia que exige para ellas una interpretación restringida, estándole vedado al intérprete cualquier licencia extensiva sobre el particular.

Seguramente por esa razón el recurrente no invocó para este primer cargo, ninguna causal concreta.

De otra parte, además de lo dicho, el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá notificó del requerimiento ordenado por auto de 21 de febrero de 1990 a la Dra. Nury Torres de Montealegre, Jefe de la Oficina Jurídica del SENA, Dirección General, quien actuó "por delegación conferida por la Directora General de la misma entidad contenida en la resolución No. 118 de 11 de febrero de 1988..." (fls. 39 del Cdno. Ppal.), resolución que, en lo pertinente dispuso:

"Delegar en el Jefe de la Oficina Jurídica del SENA - Dirección General, las siguientes funciones:

> "a) Notificarse personalmente de los autos admisorios de las demandas del Contencioso Administrativo que se adelantan contra el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, o contra los actos originarios de la misma".
>
> "b) Notificarse personalmente de los autos admisorios de las demandas dictadas en los procesos civiles contra el SENA".
>
> "..."
>
> "f) Representar al Director General en todos aquellos actos de carácter procedimental, judicial o administrativo, en los que debe intervenir en su calidad de representante legal del SENA" (fl. 40 C. 1).

Con fundamento en esta notificación surtida legalmente al representante del Director General del SENA, éste debió estar enterado de la diligencia por la

información oportuna de la delegataria, conforme a la obligación que estatuye el artículo 2o. de la mencionada resolución. No hay pues, irregularidad alguna en el procedimiento que adelantó el Juez del Circuito y, menos aún, causal capaz de invalidar el laudo.

Finalmente, la supuesta inexistencia de procedimiento, a juicio del recurrente, se origina en que el artículo 76 del decreto 222 de 1983 se remitía al procedimiento previsto por el Co. de Co., y, al ser derogado éste por el Decreto 2279 de 1989 aplicable únicamente a conflictos entre particulares, habría desaparecido el procedimiento arbitral para los contratos del Estado. Este razonamiento aparentemente correcto, envuelve, sin embargo, un sofisma que se detecta con facilidad.

En efecto, si el decreto 2279 derogó el procedimiento previsto en el Código de Comercio al cual se remitía el artículo 76 del decreto 222 de 1983, no hay duda de que la remisión legal tiene por destino el decreto modificatorio, el 2279, en donde figura el procedimiento que echa de menos el censor; el argumento según el cual ésta última norma regla la composición de conflictos entre particulares es altamente deleznable, pues otro tanto ocurría con el Código de Comercio, a cuya aplicación, sin embargo, no se le opuso ningún obstáculo.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO.– Fundado en la causal octava del artículo 38 del decreto 2279 de 1989, afirma el censor que no era posible someter el asunto a la decisión de árbitros sin antes haber dado cumplimiento al párrafo final del artículo 24 del decreto 222 de 1983.

La disposición que cita el recurrente impone:

> "Si se hubiere pactado arbitramento, no podrá acudirse a él sin que previamente se haya cumplido lo relativo a la interpretación unilateral y lo resuelto en esta etapa no podrá ser objeto de arbitramento".

Ahora bien, la causal 8a. que se invoca en el recurso, determina:

> "Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido".

Hecho el cotejo de las dos disposiciones, surge claramente la falta de técnica en la proposición del recurso; sobre la causal invocada ha dicho la Sala:

> "Por otra parte, la causal 8a. alegada (Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido) viene a ser sustancialmente igual a la causal segunda de casación, contemplada en el art. 368 del C. de P.C., así:

No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado".

"La H. Corte Suprema de Justicia, por conducto de su Sala de Casación Civil en varias oportunidades ha señalado que la causal segunda tiene aplicación cuando se presenta cualesquiera de las siguientes hipótesis:

"a) Cuando la sentencia decide más allá de lo pedido *(ultra-petita);*

"b) Cuando en el fallo se ha decidido sobre puntos no sometidos al litigio*(extra-petita);* y

"c) Cuando la sentencia omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (mínima o *citra-petita*).

"En los últimos tiempos ha precisado la jurisprudencia que también se presenta incongruencia cuando se decide con base en*causa petendi* distinta a la invocada por las partes.

"Es que el fallo debe ser una respuesta acompasada con cada una de las pretensiones aducidas y de las excepciones propuestas. Pero, además, con los fundamentos de hecho que se hayan alegado como *causa petendi,* "pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado oportunidad para contradecirlos", como también lo ha dicho la misma corporación, para señalar el fundamento filosófico de la causal. (Ver fallo de 29 de agosto de 1988, publicado en "Jurisprudencia al Día", Tercer Trimestre 1988, pág. 120 y siguientes).

"El quebranto pues, de una sentencia con base en la causal segunda del artículo 368 del C. de P.C. o de un laudo arbitral, en su caso, por la causal 8a. del original artículo 672 ib., hoy art. 38 del Decreto 2279 de 1988, no puede presentarse, entonces, sino por alguna de las precisas hipótesis indicadas y su procedencia no puede resultar sino de la comparación entre tales pretensiones o excepciones y lo resuelto en la respectiva providencia" (sentencia del 15 de mayo de 1992, Exp. No. 5326, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, actor: Carbones de Colombia S.A. - Carbocol).

Como se puede deducir sin dificultad, la causal invocada nada tiene que ver con el cargo propuesto, el cual, por lo tanto, no prospera.

TERCER CARGO.– El recurrente reprocha una "total incongruencia" al laudo arbitral, pues, sus decisiones recayeron sobre puntos no sometidos a ella sino que fueron

deducidos por el Tribunal luego de "una supuesta interpretación. El cargo invoca la misma causal 8a. del decreto 2279 de 1989.

Sobre las diversas pretensiones que, sin mucha técnica, presentó el actor ante el Tribunal de Arbitramento y que se dejaron copiadas entre los folios 19 y 26 de este fallo, dicho Tribunal hizo la siguiente concresión:

> "... se surte la primera audiencia de trámite en la cual nuevamente el apoderado del actor JUAN MARTIN GUTIERREZ, repite la misma relación de hechos y de pretensiones que ya había presentado y que por la forma en que están planteados, el Tribunal debe entrar a interpretarlas, deduciendo del cúmulo de las presentadas, que sus diferencias con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, se concretan en tres puntos:
>
> "a) Que ejecutó obras y suministró elementos que contrató con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, obras que una vez recibidas no le fueron pagadas.
>
> "b) Que como consecuencia de las suspensiones de la obra, ordenadas por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, y acordadas asumió gastos de vigilancia y mantenimiento de la obra, que tampoco fueron reconocidos ni pagados por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, lo que deriva en mayor permanencia en la obra.
>
> "c) Que como consecuencia del no pago de la obra contratada y ejecutada que se refiere el hecho 7o. y de las suspensiones, el contrato sufrió un desequilibrio financiero que también reclama se reconozca por el SENA" (fl. 306 C. 1).

Si se observa la decisión del Tribunal se advierte que las condenas identificadas con los literales A, B y C del ordinal 2o., corresponden exactamente con las reclamaciones que, a juicio de los árbitros, había formulado el actor; sin embargo, la congruencia o incongruencia del fallo se debe deducir luego del análisis comparativo entre las peticiones del actor, las excepciones del demandado, y las decisiones del juez; el profesor Jaime Guasp explica el fenómeno en estos términos:

> "... ¿qué se entiende, más ampliamente, por congruencia de la sentencia? Puede ser definida como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso: no, por lo tanto, la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente perfila.

"La congruencia supone, por lo tanto:

"Que el fallo no contenga más de lo pedido por las partes: *"ne eat iudex ultra petita partium"*, pues si así lo hiciera incurriría en incongruencia positiva, la que existe cuando la sentencia concede o niega lo que nadie ha pedido, dando o rechazando más, cuantitativa o cualitativamente, de lo que se reclama, v. g., se pide la nulidad de un contrato y se falla declarando esta nulidad y condenando al pago de daños y perjuicios; se pide la entrega de una cantidad y se falla condenando al abono de cantidad superior.

"Que el fallo no contenga menos de lo pedido por las partes: *"Ne eat iudex citra petita partium"*, pues si así lo hiciera incurriría en incongruencia negativa, la que se da cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones procesales; en principio, esto podría ocurrir tanto cualitativa como cuantitativamente, v. g., se piede la rescisión de un contrato y la devolución de una cosa y se condena sólo a lo primero y se guarda silencio sobre lo segundo, se pide la entrega de una cantidad y se concede o se niega una cantidad menor y nada se falla sobre el resto; no obstante, por la inteligencia de que la petición de una cifra supone la petición subsidiaria implícita de todas las menores y de que la concesión de una cifra supone la denegación implícita de todas las superiores, no es incongruente la sentencia que ante la reclamación de una cantidad condena (no absuelve) a cifra menor de la reclamada. Por su parte, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma, las sentencias plenamente absolutorias y plenamente condenatorias no pueden considerarse nunca como incongruentes.

"Que el fallo no contenga algo distinto de lo pedido por las partes: *"ne eat iudex extra petita partium"*, pues si así lo hiciera incurriría en incongruencia mixta, combinación de la positiva y la negativa, lo que sucede cuando las sentencias fallan sobre objeto diferente al pretendido, verbigracia, se pide la nulidad de un contrato y en la parte dispositiva de la sentencia se declara su rescisión" (Derecho Procesal Civil" Tomo I - 3a. edición, páginas 517 y 518).

Aplicando estas reglas al evento *sub-júdice,* se tiene:

a) La exposición de las pretensiones, que está lejos de constituir un modelo de claridad, permite deducir que son dos las fundamentales, en lo que el actor denomina primer juego y segundo juego de pretensiones principales; para los dos se formulan peticiones subsidiarias, y finalmente, unas llamadas pretensiones comunes para todas ellas.

b) El "primer juego de pretensiones principales y sus subsidiarias", reclama la declaración, con cargo al SENA del incumplimiento del contrato No. 2283 de 26 de diciembre de 1985, por el no pago de las obras pactadas y ejecutadas, relacionadas con los hechos 6 a 10 de la demanda, y la consiguiente condena a la indemnización de los perjuicios, individualizados en los literales A, B, C, D y E, de la pretensión cuarta.

Las tres pretensiones subsidiarias iniciales constituyen, en esencia, una presentación distinta de lo dicho.

Y **la cuarta subsidiaria,** solicita se declare "Que el contrato No. 2283/85 y en su caso el adicional, se desequilibraron económicamente al no pagarse oportunamente la totalidad de las obras relacionadas con el hecho No. 10 de la demanda y por lo tanto se ordene restituir su equilibrio ya sea de acuerdo a los ordinales "A" al "E" de la petición CUARTA de las pretensiones principales o mediante cualquier otro procedimiento técnico, teniendo en cuenta la fecha de su pago real y efectivo".

c) El "Segundo juego de pretensiones principales" se refiere al incumplimiento del contrato por haberlo suspendido durante 22 meses y dos días, con la indemnización consiguiente de los perjuicios individualizados en dos ordinales y cinco literales.

La **segunda subsidiaria** de este bloque de pretensiones, se formula así:

"Que se declare que por causa de la suspensión se rompió el equilibrio financiero del contrato 002283 de 1985 celebrado entre las partes que concurren a este Tribunal de Arbitramento".

d) Esta relación comparada con "las diferencias" que detectó el Tribunal de Arbitramento como sometidas a su decisión, permite observar que éste último identificó las dos principales pretensiones consistentes en la indemnización de perjuicios por obras ejecutadas y no pagadas, y por la suspensión del contrato; pero, además, agregó como principal una que era simplemente subsidiaria: la declaración del desequilibrio financiero y su reconocimiento.

e) Este era un punto de partida equivocado, puesto que el actor había planteado dos pretensiones principales, y, **para el evento de que ellas no prosperaran,** formuló varias subsidiarias, una de las cuales, consistió en pedir la declaración de ruptura del equilibrio financiero del contrato y la indemnización consiguiente; el error radicó en tomar esta última como principal, y, por lo tanto como independiente (y no con dependencia subsidiaria) de las otras dos.

f) Esta equivocación condujo a otra: proferir el fallo accediendo a las tres pretensiones que dedujeron los árbitros, vale decir, una más de la que comprendía el *petitum* del actor; el fallo peca, pues, por *extra-petita.*

Por lo dicho, este cargo está llamado a prosperar en cuanto se refiere a la decisión pronunciada por fuera de lo pedido: a términos del segundo inciso del artículo 40 del decreto 2279 de 1989, para casos como este, el laudo no se declara nulo sino que se corrige o adiciona, razón por la cual se procederá a la corrección eliminando la condena dispuesta en la letra C del ordinal 2o. de la parte resolutiva del laudo.

CUARTO CARGO.- De nuevo con fundamento en la octava causal de anulación, sostiene el recurrente que el Tribunal de Arbitramento no podía declarar el

incumplimiento del contrato, pues esa declaración no se dejó establecida, al momento de interpretar las pretensiones, entre las diferencias sometidas a su decisión.

Este cargo no prospera porque, como se indicó antes con ilustraciones de jurisprudencia y de doctrina, para efectos de la congruencia del fallo, los extremos que se deben comparar están constituidos, de un lado, por la parte resolutiva de la sentencia y, de otro, por las pretensiones y excepciones propuestas; y, como también se anotó, entre las pretensiones que formuló el actor figura, de modo reiterado, la declaración de incumplimiento contractual a cargo del SENA.

QUINTO CARGO.- De la misma causal se sirve el recurrente para impugnar el laudo por el hecho de que debió acudir al arbitramento técnico pactado en el contrato y no, como se hizo, al arbitramento en Derecho.

Dos anotaciones simples conducen a despachar desfavorablemente este cargo:

a).- La causal octava invocada por el actor no contempla la hipótesis que él señala, pues su contenido dice relación a la congruencia del laudo.

b).- El hecho de que se produzca el arbitramento en derecho y no uno técnico no está consagrado como causal de nulidad en ninguna disposición.

SEXTO CARGO.- La causal quinta le sirve de apoyo al recurrente para impugnar el laudo por cuanto, según él, se pronunció por fuera del término legal. Para tal propósito señala que la primera audiencia de trámite ocurrió el 22 de agosto de 1990 y el laudo se profirió el 17 de abril de 1991, desbordando el término de 6 meses que señala la luz para estos efectos.

En el expediente se constata:

a.- Que la primera audiencia de trámite se llevó a efecto el 17 de septiembre de 1990, y no el 22 de agosto como lo afirma el recurrente (fls. 82 del C. Principal), fecha en la cual simplemente se hizo la citación respectiva (fl. 80 ibídem).

b.- Sin embargo, el 25 de septiembre (ver acta No. 5 fls. 100) se declaró la nulidad de todo lo actuado **a partir de la notificación de la citación para la primera audiencia de trámite,** y se señaló, para que tuviese lugar dicha diligencia, el 18 de octubre de 1990.

c.- En esta última fecha se llevó a cabo la primera audiencia de trámite; como el laudo se produjo el 17 de abril del año siguiente, es claro que aún no se cumplía el término de 6 meses fijado legalmente.

El cargo no prospera.

Finalmente, es conveniente reiterar lo expresado por la Sala en sentencia del 10 de mayo de 1994, Exp. 8004, actor: Banco Central Hipotecario, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, en estos términos:

> "Cabe resaltar aquí, a manera de pedagogía judicial, que las cantidades impuestas definitivamente como condenas por un laudo arbitral corregidas o no por el contencioso administrativo, en virtud del recurso extraordinario de anulación, se hacen exigibles desde la ejecutoria del referido laudo arbitral; es decir, al tercer día después de emitido y notificado dicho proveído o del auto que resuelva la solicitud de aclaración, complementación o corrección (arts. 35, 36 y 37 del dec. 2279/89, en concordancia con el art. 331 del c.p.c). En otros términos, desde ese entonces se causarán los intereses corrientes y moratorios prescritos en el art. 177 del c.c.a.".

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

FALLA:

PRIMERO: Modifícase el ordinal SEGUNDO del Laudo Arbitral pronunciado el 17 de abril de 1991 y por cuya virtud se dirimió el conflicto surgido entre el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA, y JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON, el cual quedará así:

> "**SEGUNDO:** Condénase al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, a pagar al contratista Juan Martín Gutiérrez Aragón los siguientes valores por los conceptos que aquí mismo se explican:
>
> **"A. OBRAS CONTRATADAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS.**
>
> La suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($2.420.587.51) MONEDA CORRIENTE por concepto de obras ejecutadas y no pagadas, más los intereses de plazo Bancario corriente desde febrero 22 de 1989 y hasta dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este laudo, que serán liquidados conforme a las Resoluciones 1700 de mayo 20 de 1988, 1361 de mayo 3 de 1989 y 1851 de mayo 25 de 1990 todas de la Superintendencia Bancaria (folio 2 C. 2) y de allí en adelante moratorios a la tasa vigente al momento del pago.
>
> **"B. POR PERMANENCIA EN LA OBRA DERIVADA DE LAS SUSPENSIONES.**
>
> "La cantidad de CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA Y CUATRO

CENTAVOS ($14.815.672.84) MONEDA CORRIENTE, más los intereses de plazo Bancario corriente desde el 22 de febrero de 1989 y hasta dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este Laudo que serán liquidados conforme a las Resoluciones 1700 de mayo 20 de 1988, 1361 de mayo 3 de 1989 y 1851 de mayo 25 de 1990, todas de la Superintendencia Bancaria (fl. 2 C. 2) y de allí en adelante moratorios a la tasa vigente en el momento del pago".

SEGUNDO: NIEGANSE las demás peticiones del recurso.

TERCERO: Fíjase como costas la suma de UN MILLON DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($1.000.000.oo) a cargo de JUAN MARTIN GUTIERREZ ARAGON y en favor del SENA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE. **PUBLIQUESE EN LOS ANALES Y DEVUELVASE.**

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha junio nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

CONTRATO DE CONCESION/REVERSION DE BIENES/CAMPO CONCESIONADO/HIDROCARBUROS

Dada la naturaleza especial de este contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse íncitas en el contrato. Es decir, no era necesario que el Gobierno Nacional y la SHELL CONDOR o la ANTEX OIL firmaran una escritura pública en la que se hiciera constar que la planta construida en Plato, revertiría al Estado Colombiano; y, no era necesario porque es de la esencia del contrato de concesión, la reversión de los bienes destinados a la explotación del campo concesionado.

OBLIGACIONES CONTRACTUALES/EJECUTORIA FORMAL/EJECUTORIA MATERIAL–Improcedencia/ACTO ADMINISTRATIVO–Ejecutoriedad

Si bien es cierto se surtía una ejecutoria de la Resolución, ésta no era más que de carácter formal, pues no era dable aplicarle los efectos de toda ejecutoria material. Así las cosas, el referido acto administrativo gozaba de ejecutoriedad o cumplimiento a partir de las 12 de la noche del 25 de agosto de 1988, independientemente de que contra el mismo se hubiera interpuesto o no, los recursos posibles por la vía gubernativa. En fin, se trata de un acto administrativo íntimamente vinculado con el cumplimiento o ejecución de las obligaciones contractuales.

SANEAMIENTO POR EVICCION/PRESCRIPCION–Término

La obligación de saneamiento sólo existió durante los cuatro años contados a partir del 25 de agosto de 1988, término en el cual prescri-

bió la obligación del saneamiento por evicción, conforme a lo dispuesto por el Art. 1913 del C.C. Respecto a este tema no será materia de precisión especial en la parte resolutiva de este fallo, puesto que se sobreentiende que esa obligación del saneamiento se encuentra circunscrita al máximo legal que para tal efecto prevee dicha norma, que sobre éste tópico tiene carácter imperativo, sin que la voluntad de las partes pueda ampliar dicho término. En suma, la parte actora, a pesar de su esfuerzo por demostrar los defectos jurídicos que le enrostró a los actos demandados no lo logró. Por consiguiente aquellos siguen amparados con la presunción de legalidad.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 5729. Actor: Antex Oil & Gas Company Inc. Demandada: La Nación - Ministerio de Minas.

Decide la Sala el proceso de carácter contractual y de única instancia adelantado ante esta Corporción, por la Sociedad ANTEX OIL & GAS COMPANY INC., en contra del Ministerio de Minas y Energía, por los hechos y con los fundamentos que a continuación se exponen.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Lo que se demanda.

La Sociedad ANTEX OIL & GAS COMPANY INC., por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual consagrada en el art. 87 del C.C.A., presentó ante esta Corporación, el 5 de abril de 1989, demanda en contra de la Nación - Ministerio de Minas y Energía, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

"PETICION PRINCIPAL

"1. Que son nulas las Resoluciones No. 131 de 1988 y No. 228 del mismo año, en cuanto ordenan la reversión de la planta de gas (o refinería) situada fuera del campo concesionado, en el Municipio de Plato, Departamento de Magdalena.

"2. Que son nulas en cuanto establecen la obligación de responder por la perturbación que ocupantes de hecho puedan ocasionar al Gobierno Nacional por razón de la reversión gratuita de los bienes situados dentro del territorio de la Concesión.

"3. Que se declare que el contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad de la Nación, No. 96, Concesión EL DIFICIL, celebrado originalmente por la Compañía de Petróleos LA ESTRELLA DE COLOMBIA, consignado en la Escritura Pública No. 3.820 del 6 de diciembre de 1940 de la Notaría 4a. de Bogotá, Diario Oficial 24578 del 3 de febrero de 1941 y del cual es titular ANTEX OIL & GAS COMPANY INC. a través de varias cesiones legalmente realizadas, **no comporta la obligación** de revertir gratuitamente, a su vencimiento, a favor de la Nación la refinería construida fuera del territorio de EL DIFICIL (materia de la concesión No. 96), la cual se encuentra instalada en la cercanía de la Población de Plato.

"4. Que declare así mismo que, la obligación legal y contractual con reversión gratuita a favor del Estado, a la terminación del contrato ya citado, de exploración y explotación de petróleos en la propiedad nacional No. 96, llamada Concesión EL DIFICIL, de la cual es causahabiente la ANTEX OIL & GAS COMPANY INC., solo se refiere a los bienes inmuebles vinculados a la concesión de EL DIFICIL, situados dentro del territorio concesionado.

"5. Que conforme la primera petición, se ordene devolver, disponiendo la entrega, la refinería que no hizo parte de la concesión situada cerca del Municipio de Plato.

"6. Que se declare obligación de la Nación, restablecer el derecho de la compañía que represento, reintegrando todos los frutos que se han producido o han podido producirse y el lucro cesante, a partir del 26 de agosto de 1988, hasta cuando se restablezca al legítimo propietario la posesión de la refinería.

"**Subsidiariamente** que se condene a la Nación Colombiana a pegar a ANTEX OIL & COMPANY INC. el valor de reposición de la refinería ubicada en el Municipio de El Plato, fuera del territorio concesionado, revertida al Estado Colombiano sin título jurídico y tomada de hecho, el 25 de agosto de 1988, con violación del contrato y obedeciendo a la resolución 131 de 1988, sin estar ejecutoriada, y cuya nulidad debe ser declarada parcialmente.

"La indemnización debe comprender: a) El valor de reposición de la refinería; b) Los frutos o réditos que tal refinería produjo o pudo producir desde el 26 de agosto de 1988, hasta la fecha cuando se realice el pago; c) Los perjuicios de todo orden causados por la incautación de la refinería; d) La indexación o actualización del valor de la refinería, desde el 26 de agosto de 1988, hasta el día del pago.

"PETICIONES COMUNES A LA PRINCIPAL Y A LA SUBSIDIARIA

"Que se condene a la Nación a la indemnización de los perjuicios ocasionados, regulados según el precepto de los Artículos 307 y 308 del C.P.C., de conformidad con el Artículo 172 del C.C.A. en caso de no ser determinados pericialmente en este proceso.

"La obligación de cumplir la sentencia se determinará conforme a los Artículos 176 y ss. del C.C.A.

"En los dos eventos debe declararse que la Compañía ANTEX OIL & GAS COMPANY INC., no está obligada al saneamiento que exige el Gobierno Nacional en las Resoluciones acusadas Nos. 131 Artículo 2o. y 228 de 1988".

2o. Los hechos.

Para fundamentar las pretensiones se expusieron los hechos que en síntesis, dicen:

1o) Mediante la escritura pública No. 3820 del 6 de diciembre de 1940, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, se celebró entre el Estado Colombiano y la Sociedad La Estrella de Colombia, el contrato de exploración y explotación de petróleos No. 96, cuyo objeto era la exploración del petróleo en un terreno de 48.568.30 has, debidamente alinderado, ubicado en el corregimiento de El Difícil, en el Municipio de Plato, Magdalena.

2o) El contrato fue sometido al siguiente régimen legal: Ley 37 de 1931, Ley 160 de 1936 y Decretos 1270 y 1391 de 1931, 950/37 y 1964 de 1939, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 38 de la Ley 153 de 1887.

3o) Como obligaciones a cargo del contratista, se establecieron las siguientes: a) Contratar empleados y obreros colombianos; b) Pago de regalías; c) Instalación de equipos de perforación; d) Utilización de sistemas técnicos apropiados para la realización de la explotación; e) Mínimo de inversiones que debían realizarse; f) En la cláusula Tercera, se pactó la reversión de los elementos muebles que no comprare el gobierno y que no fueran retirados por el contratista durante el año sigiente a la terminación del contrato, los cuales pasarían *ipso-jure* a propiedad de la Nación. Igualmente se estableció, que al momento de la reversión los lotes serían entregados por el contratista completamente libres y pasarían al dominio de la Nación.

4o) Ese contrato fue cedido por la contratista a la Sociedad Cía. Colombiana de Petróleos El Cóndor, cuya denominación social se cambió por SHELL CONDOR S.A., a través de la escritura pública No. 5.822 del 30 de noviembre de 1948 y esta Sociedad, renunció parcialmente a la concesión y devolvió 2.636 Has. y 8.200 mts^2, por medio de la escritura pública No. 3111 del 5 de julio de 1952. Finalmente, en el año de 1962, la Sociedad Shell Cóndor S.A., por medio de la escritura No. 3839 del 3 de julio de ese año, traspasó a la Sociedad ANTEX OIL & GAS COMPANY, el contrato de concesión y los bienes muebles e inmuebles, dentro de los linderos especificados.

5o) A través de la Resolución 918 del 17 de agosto de 1961, el Ministerio de Minas clasificó el campo EL DIFICIL como campo de gas y dispuso las exigencias para permitir a SHELL CONDOR S.A., contratista de ese entonces, la explotación de gas

en ese campo. En la Resolución 16 de 1962 se autorizó prórroga para que SHELL CONDOR S.A., cumpliera los requisitos y por medio de oficio del 25 de julio de 1962, el Ministerio de Minas conceptuó el cumplimiento de los requisitos, por parte de la contratista.

6o) En virtud de la autorización contenida en la Resolución No. 050/76 del Ministerio de Minas y Energía, para la venta a través de Ecopetrol, de combustibles producidos en la refinería de Plato, la Sociedad aquí demandante suscribió con Ecopetrol el contrato No. LEG-057-A-76 del 9 de junio de 1976, en el cual Ecopetrol reconoce a ANTEX OIL & GAS COMPANY INC., como propietaria de la refinería de Plato. Igual reconocimiento se hizo en los contratos LEG-017-82 y LEG-018-82, suscritos entre las mismas partes.

7o) El 21 de julio de 1988 el Ministerio de Minas comunica a la Sociedad Antex Oil & Gas Company Inc., que las plantas para el aprovechamiento del gas de la concesión EL DIFICIL revertirán en sus dos extremos, o sea que la reversión abarcaría a la construida en EL DIFICIL y la instalada en El Plato. Con anterioridad a este oficio, la División Técnica de Ecopetrol, por medio del memorando interno DIT-029 del 17 de febrero de 1987, había conceptuado que no revertirían ni los oleoductos (gas a Barranquilla y condensado a El Plato) ni la Refinería de Plato.

Por medio de la Resolución ejecutiva No. 131 de fecha 22 de agosto de 1988, y ante el vencimiento del plazo contractual, se declaró la terminación del contrato de concesión "EL DIFICIL" y la consiguiente reversión en favor de la Nación.

El 25 de agosto de 1988, se levantó entre las partes "Acta de Entrega" de la Concesión EL DIFICIL No. 96. La Sociedad demandante, dejó constancia en el sentido de que la Planta de Gas de Plato, Magdalena, y los bienes inmuebles y muebles afectos a ella, que están por fuera de los límites o linderos de la Concesión "El Difícil" son de su propiedad y no está de acuerdo en que dicha planta deba revertir a la Nación. Advirtió, además, que la entrega se estaba haciendo antes de quedar en firme la Resolución ejecutiva No. 131.

8o) Los actos demandados son las Resoluciones ejecutivas Nos. 131 del 22 de agosto de 1988 mediante la cual se declaró la reversión del contrato de exploración y explotación de gas denominado "Concesión El Difícil No. 96" y la No. 228 del 30 de diciembre de 1988, por medio de la cual se confirmó la primera, al decidir el recurso de reposición interpuesto por la contratista, en contra de la Resolución No. 131. La Resolución mediante la cual se desató el recurso de reposición, fue notificada al representante de la Sociedad demandante, el 11 de enero de 1989.

9o) Antex es la titular de la Refinería de Plato y del lote de terreno donde está situada, conforme lo acreditan las escrituras públicas Nos. 1.330 del 21 de mayo de 1963 y 439 del 30 de octubre de 1947.

Concepto de Violación.

Según la demanda las Resoluciones enjuiciadas deben ser anuladas porque presentan varios vicios, a saber:

1o) Violación del art. 25 de la Ley 37 de 1931, que consagraba como de la esencia del contrato de concesión petrolera, la reversión gratuita en favor del Estado, del terreno contratado y los demás bienes inmuebles y sus accesorios que se encuentran dentro del predio. Pero esa norma no contiene un poder ilimitado, sino que circunscribió así, los alcances de esa cláusula exorbitante:

> "Terminado el contrato por cualquier causa, sobre lo dispuesto en el artículo anterior, el contratista dejará en perfecto estado de producción los pozos que en tal época sean productivos, y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa".

La aplicación de la reversión sólo podía hacerse sobre el terreno de la concesión que expresamente fue alinderado en el texto del contrato y la refinería cuya reversión se ordenó en la Resolución No. 131, no estaba en ese terreno.

2o) Violación del art. 43 ibídem, en cuanto expresamente preceptúa que la refinación del petróleo es libre en todo el territorio nacional, por tanto las disposiciones sobre reversión que establece la misma ley, no pueden extenderse sobre la Refinería, ubicada fuera del territorio concesionado. Las Resolucones demandadas, por consiguiente, deberán limitarse al terreno de la concesión, expresamente alinderado en el contrato.

3o) Indebida motivación porque el fundamento legal de la Resolución para transferir la planta, lo constituye un escrito sin fecha del representante legal de la contratista, el cual carecía de facultades, conforme a los estatutos de la sociedad registrados en el registro mercantil, para modificar el contrato especialmente en aspecto tan relevante como son los bienes susceptibles de reversión gratuita y obligatoria a favor de la Nación, acto para el cual requería autorización expresa de la Junta Directiva. Por consiguiente, el acto de ese representante sin la debida autorización no tiene ningún valor y no podía servir de fundamento a la Resolución demandada.

4o) No tiene ningún fundamento la pretendida figura de "unidad operativa" proclamada por la administración para incorporar por accesión un inmueble a otro, ubicado éste y aquél en sitios distintos y bien distantes para alargar las consecuencias jurídicas de un contrato y los efectos de la ley 37 de 1931, a situación no contemplada para bienes no abarcados por acuerdo de voluntades con lo cual se desvía el poder y se aplica con función discrecional no permitida por la ley, decisión que es reglada para la administración.

en ese campo. En la Resolución 16 de 1962 se autorizó prórroga para que SHELL CONDOR S.A., cumpliera los requisitos y por medio de oficio del 25 de julio de 1962, el Ministerio de Minas conceptuó el cumplimiento de los requisitos, por parte de la contratista.

6o) En virtud de la autorización contenida en la Resolución No. 050/76 del Ministerio de Minas y Energía, para la venta a través de Ecopetrol, de combustibles producidos en la refinería de Plato, la Sociedad aquí demandante suscribió con Ecopetrol el contrato No. LEG-057-A-76 del 9 de junio de 1976, en el cual Ecopetrol reconoce a ANTEX OIL & GAS COMPANY INC., como propietaria de la refinería de Plato. Igual reconocimiento se hizo en los contratos LEG-017-82 y LEG-018-82, suscritos entre las mismas partes.

7o) El 21 de julio de 1988 el Ministerio de Minas comunica a la Sociedad Antex Oil & Gas Company Inc., que las plantas para el aprovechamiento del gas de la concesión EL DIFICIL revertirán en sus dos extremos, o sea que la reversión abarcaría a la construida en EL DIFICIL y la instalada en El Plato. Con anterioridad a este oficio, la División Técnica de Ecopetrol, por medio del memorando interno DIT-029 del 17 de febrero de 1987, había conceptuado que no revertirían ni los oleoductos (gas a Barranquilla y condensado a El Plato) ni la Refinería de Plato.

Por medio de la Resolución ejecutiva No. 131 de fecha 22 de agosto de 1988, y ante el vencimiento del plazo contractual, se declaró la terminación del contrato de concesión "EL DIFICIL" y la consiguiente reversión en favor de la Nación.

El 25 de agosto de 1988, se levantó entre las partes "Acta de Entrega" de la Concesión EL DIFICIL No. 96. La Sociedad demandante, dejó constancia en el sentido de que la Planta de Gas de Plato, Magdalena, y los bienes inmuebles y muebles afectos a ella, que están por fuera de los límites o linderos de la Concesión "El Difícil" son de su propiedad y no está de acuerdo en que dicha planta deba revertir a la Nación. Advirtió, además, que la entrega se estaba haciendo antes de quedar en firme la Resolución ejecutiva No. 131.

8o) Los actos demandados son las Resoluciones ejecutivas Nos. 131 del 22 de agosto de 1988 mediante la cual se declaró la reversión del contrato de exploración y explotación de gas denominado "Concesión El Difícil No. 96" y la No. 228 del 30 de diciembre de 1988, por medio de la cual se confirmó la primera, al decidir el recurso de reposición interpuesto por la contratista, en contra de la Resolución No. 131. La Resolución mediante la cual se desató el recurso de reposición, fue notificada al representante de la Sociedad demandante, el 11 de enero de 1989.

9o) Antex es la titular de la Refinería de Plato y del lote de terreno donde está situada, conforme lo acreditan las escrituras públicas Nos. 1.330 del 21 de mayo de 1963 y 439 del 30 de octubre de 1947.

Concepto de Violación.

Según la demanda las Resoluciones enjuiciadas deben ser anuladas porque presentan varios vicios, a saber:

1o) Violación del art. 25 de la Ley 37 de 1931, que consagraba como de la esencia del contrato de concesión petrolera, la reversión gratuita en favor del Estado, del terreno contratado y los demás bienes inmuebles y sus accesorios que se encuentran dentro del predio. Pero esa norma no contiene un poder ilimitado, sino que circunscribió así, los alcances de esa cláusula exorbitante:

> "Terminado el contrato por cualquier causa, sobre lo dispuesto en el artículo anterior, el contratista dejará en perfecto estado de producción los pozos que en tal época sean productivos, y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa".

La aplicación de la reversión sólo podía hacerse sobre el terreno de la concesión que expresamente fue alinderado en el texto del contrato y la refinería cuya reversión se ordenó en la Resolución No. 131, no estaba en ese terreno.

2o) Violación del art. 43 ibídem, en cuanto expresamente preceptúa que la refinación del petróleo es libre en todo el territorio nacional, por tanto las disposiciones sobre reversión que establece la misma ley, no pueden extenderse sobre la Refinería, ubicada fuera del territorio concesionado. Las Resolucones demandadas, por consiguiente, deberán limitarse al terreno de la concesión, expresamente alinderado en el contrato.

3o) Indebida motivación porque el fundamento legal de la Resolución para transferir la planta, lo constituye un escrito sin fecha del representante legal de la contratista, el cual carecía de facultades, conforme a los estatutos de la sociedad registrados en el registro mercantil, para modificar el contrato especialmente en aspecto tan relevante como son los bienes susceptibles de reversión gratuita y obligatoria a favor de la Nación, acto para el cual requería autorización expresa de la Junta Directiva. Por consiguiente, el acto de ese representante sin la debida autorización no tiene ningún valor y no podía servir de fundamento a la Resolución demandada.

4o) No tiene ningún fundamento la pretendida figura de "unidad operativa" proclamada por la administración para incorporar por accesión un inmueble a otro, ubicado éste y aquél en sitios distintos y bien distantes para alargar las consecuencias jurídicas de un contrato y los efectos de la ley 37 de 1931, a situación no contemplada para bienes no abarcados por acuerdo de voluntades con lo cual se desvía el poder y se aplica con función discrecional no permitida por la ley, decisión que es reglada para la administración.

Actuación Procesal.

La demanda se admitió en auto del 5 de julio de 1989. Esa providencia se notificó a la señora Ministra de Minas y Energía, el 27 de septiembre de 1989, quien otorgó poder a un abogado, Jefe de División de ese Ministerio, para que representara a la Nación dentro del proceso. El apoderado así constituido dio respuesta a la demanda, a través del escrito que reposa a folios 58 a 70 del cuaderno No. 2. Allí, además de responder a los hechos, se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda, expuso algunas razones para fundamentar la defensa y pidió la práctica de pruebas.

En relación con los hechos, admitió como ciertos aquellos narrados en la demanda, en relación con la existencia del contrato de concesión y las cesiones que ha sufrido, así como la devolución anticipada de parte del lote materia de concesión. Los demás, los explicó así:

1o) La Resolución No. 918, de agosto 17 de 1961, mediante la cual se clasificó el campo "El Difícil" como de gas, en su art. 1o., señaló: "Dentro de noventa (90) días, contados a partir de la ejecutoria de esta Resolución, la compañía concesionaria deberá presentar al Ministerio, para su estudio y aprobación, PLANES CONCRETOS para la pronta explotación del Campo El Difícil como campo de gas y CON EL OBJETO DE LOGRAR EL TOTAL APROVECHAMIENTO DEL GAS QUE EN EL SE PRODUZCA". Según la demandada, esa cláusula tuvo implicaciones de orden jurídico pues estableció para la concesionaria la obligación de construir las instalaciones necesarias para alcanzar la adecuada explotación del campo y con el fin de cumplir ese requisito propuso la construcción de una planta para el tratamiento del gas, lo que lógicamente es un bien afecto a la concesión y como tal entró a formar parte de los elementos que revertirían a la Nación, al término del contrato.

2o) La planta de gas hacía parte integral de la concesión, puesto que con ella se llevó a cabo la explotación comercial del campo, dado que sin su construcción el gas se hubiera quemado sin lograr el aprovechamiento económico que exige el art. 14 de la Ley 10/61, cuyo incumplimiento acarrea que pasados tres años de haberse iniciado la explotación, el gobierno pueda disponer del gas gratuitamente.

3o) En cuanto a la forma como se hizo la reversión, y que consta en una acta principal y en una adicional, conforme se narro en la demanda, explicó que se debió a que a la luz de lo pactado en el contrato, la reversión debía cumplirse a las 12 de la noche del día 25 de agosto de 1988 y como los bienes objeto de reversión estaban unos situados en el campo El Difícil y otros en la segunda sección de la planta de gas, situada en Plato, y al cumplirse la diligencia de entrega al mismo tiempo en las dos partes, necesariamente, se tenían que levantar dos actas.

4o) Estuvo de acuerdo en que las disposiciones legales que regían el contrato, eran aquellas relacionadas en la demanda.

5o) Aclaró que la manifestación de Ecopetrol en el contrato LEG-057 de junio 9/ 76, no tenía ningún valor por cuanto esa entidad no es la competente para hacer definiciones jurídicas sobre las concesiones vigentes en el país, puesto que tal competencia, por mandato legal, la tiene el Ministerio de Minas.

6o) Explicó que la razón predominante para la reversión de la planta situada en Plato es que si la construcción de la planta tuvo como origen y causa principal la explotación de la concesión, es apenas obvio y lógico que pertenezca a la misma y como consecuencia natural y apenas racional, deba revertir.

Practicadas todas las pruebas decretadas, se declaró precluido el debate probatorio y se corrió traslado para alegar. En esa oportunidad las partes presentaron sendos escritos que reposan a folios 624 a 652 del cuaderno principal. El Ministero Público, guardó silencio.

La parte actora hizo un recuento cronológico de las acciones del contrato de concesión desde 1940 hasta 1967 cuando la ANTEX OIL & GAS COMPANY INC., se convirtió en la concesionaria. Puso de presente especialmente el hecho de que cuando el Ministerio de Minas profirió la Resolución No. 918 del 17 de agosto de 1961 mediante la cual clasificó el campo El Difícil No. 96 como campo de gas, la concesionaria era SHELL CONDOR S.A. y fue esta sociedad la que presentó prospecto industrial para el aprovechamiento del gas, con instalación de las maquinarias necesarias para la refinación de gases húmedos, separándolos de los gases metano y etano. Ese plan para la explotación del Campo El Difícil como campo de gas fue aprobado por el Ministerio de Minas el 12 de enero de 1962, mediante la resolución No. 16; y la Sociedad ANTEX OIL & GAS COMPANY INC., se convirtió en cesionaria del contrato de concesión, el 3 de julio de 1962. Para la época de esa cesión, ANTEX no era la propietaria del lote en el cual construyó la planta de Plato, el cual adquirió en mayo de 1963.

Atacó el concepto del gobierno nacional que determinó que las dos plantas de gas, aquella ubicada en el Campo El Difícil y la que está en Plato, formaron una sola unidad económica, una sola unidad operacional por cuanto la planta de refinación de Plato es una unidad completa, independiente de la instalación de El Difícil. Para fundamentar su ataque argumentó que el desdoblamiento de los condensados líquidos que resultan después de extraídos los gases secos se hace en una planta de gas distinta de la que lo extrae y que según Ecopetrol los condensados producidos por la refinería de El Difícil pueden procesarse siguiendo una de tres alternativas posibles:

a) En la refinería de Cartagena; b) En la refinería de Barrancabermeja y c) En la refinería de Plato. Estas alternativas tienen como consecuencia que el Gobierno Nacional al revertir la concesión El Difícil, tenía la posibilidad de seguir procesando los condensados allí producidos, en una cualesquiera de esas plantas, de propiedad de Ecopetrol las dos primeras y de la ANTEX la última, sin necesidad de quitársela a mano fuerte.

Reforzó su ataque, con el argumento de que en el país es libre la refinación de petróleo y no requiere ni concesión ni permiso de la Nación.

Recalcó especialmente, la circunstancia de que la refinería de Plato está situada a 85 kilómetros de distancia del campo concesionado.

Nuevamente se refirió al escrito sin fecha en el cual se fundamentaron las resoluciones demandadas. Insistió en que ese escrito no tenía valor por cuanto quien lo suscribió no tenía facultad para hacer ofrecimiento, dado que fue firmado por el segundo suplente sin la autorización exigida de la junta directiva. Además para poder actuar válidamente, tenía que demostrar que el principal y el primer suplente, no estaban en ejercicio del poder.

Por último, se refirió a la obligación irremediable que se impuso a la ANTEX, de saneamiento de las zonas revertidas, sin límite de tiempo.

También defendió el primer dictamen pericial, frente a la objeción por error grave que le formuló la otra parte.

La demandada, en su alegato de bien probado visible a folio 638 y s.s. del expediente, explicó que las resoluciones demandadas, se fundamentaban en:

– La resolución 0918 del 17 de agosto de 1961, que clasificó el Campo El Difícil como campo de gas e impuso a la concesionaria la obligación de presentar ante el Ministerio de Minas y Energía, para su estudio, los planes concretos para la pronta explotación del campo de gas y el total aprovechamiento del gas que en él se produzca.

– El plano presentado por la concesionaria SHELL CONDOR S.A., el 16 de diciembre de 1961, con el fin de cumplir los requisitos exigidos por la Resolución 0918 del 18 de agosto de 1961.

– La Resolución No. 16 de enero de 1962, que aprobó el plan presentado por la concesionaria.

– Las manifestaciones expresas de los apoderados de la Cía. ANTEX OIL, Henri Oliver Condor y Fernando Caicedo, quienes se comprometieron a que en el evento de que la planta de gas fuera construida por fuera del campo concesionado, también la revertirían al Estado.

Pidió que en la interpretación del contrato, se tuviera en cuenta el art. 1618 del C. Civil, en relación con la intervención de las partes que no era otra, sino que la refinería que se construyera para la explotación del gas, revirtiera al Estado, por cuanto ese bien estaba destinado a la explotación de hidrocarburos y era indispensable para el total aprovechamiento del objeto del contrato.

Para concluir señaló que el proceder administrativo se ciñó a la constitución política, a las leyes y al acuerdo de voluntades válidamente expresado por las partes. Pidió que se rechazaran las pretensiones de la demanda, por ser ajenas a los perjuicios de la buena fe contractual, la lealtad de las partes y especialmente, porque nadie puede alegar en su favor, su propia culpa.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala las súplicas de la demanda deben ser negadas, por cuanto no se desvirtuó en el proceso, la presunción de legalidad de que están revestidas las Resoluciones ejecutivas Nos. 131 y 228, del 22 de agosto de 1988 y 30 de diciembre del mismo año, respectivamente, como se explica a través de las siguientes consideraciones:

1. El Contrato de Concesión.

Por medio de la escritura No. 3.820 del 6 de diciembre de 1940 cuya copia auténtica obra a folio 45 y S.S. del cuaderno principal, se plasmó el contrato celebrado entre el Ministerio de Minas y Petróleos a nombre del Gobierno Nacional y la Cía. de Petróleo La Estrella de Colombia, el 12 de noviembre de 1940, para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional que se encuentren en un lote de terreno de 48.568,3 Has. de extensión, ubicado en el corregimiento El Difícil, jurisdicción del Municipio de Plato en el Departamento de Magdalena.

Como plazo de duración del contrato se fijó un período de 30 años contados a partir del 29 de noviembre de 1940.

En el mismo contrato se señaló que éste sería regido por las siguientes disposiciones legales:

Ley 37 de 1931; Ley 160 de 1936 y los Decretos Reglamentarios números 1.270 y 1.391 de 1936; 950 de 1937 y 1.969 de 1939.

De acuerdo a la Ley 37 de 1931, en el contrato se incluyeron varias cláusulas en favor del Estado, entre ellas "La Reversión especial en favor del Estado, que se pactó en los siguientes términos:

> **"Reversión especial en favor del Estado.** Terminado el contrato todos los elementos muebles que no comprare el GOBIERNO de acuerdo con el derecho que le dan el artículo veinticinco (25) de la Ley treinta y siete (37) y los artículos setenta (70) y setenta y uno (71) del decreto mil doscientos setenta (1270) y que durante el año siguiente a la terminación del contrato no fueron retirados por el CONTRATISTA de las zonas o inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán *ipso-facto* a propiedad de la Nación como accesorios de la dicha empresa y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del

CONTRATISTA, y el GOBIERNO podrá tomar posesión de ellos al vencimiento del plazo expresado. En cuanto a los lotes que devuelva el CONTRATISTA de acuerdo con el inciso final del artículo (3o.) de la Ley ciento sesenta (160) de mil novecientos treinta y seis (1936) y los artículos cincuenta y dos (52) y cincuenta y tres (53) del decreto mil doscientos setenta (1270), serán entregados completamente libres y pasarán al dominio de la Nación cualquier obra o mejora del CONTRATISTA que quede en ellos, pudiendo el GOBIERNO tomar posesión inmediata de tales cosas" (fls. 63 frente y vuelto, cuaderno principal).

Este contrato indica que inicialmente, en 1940, el Estado Colombiano le entregó a la Cía. de Petróleo La Estrella de Colombia, un campo de 48.568,3 Has. de extensión, ubicado en el corregimiento El Difícil, Municipio de Plato, para la exploración y explotación de petróleo. A cambio la concesionaria adquiría varias obligaciones, entre ellas la de que una vez terminado el contrato, el contratista estaba obligado a dejar en perfecto estado la producción de los pozos que en tal época fueran productivos y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasaría gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa.

2. Las Cesiones del Contrato.

Este contrato fue cedido por la concesionaria inicial a la Cía. Colombiana de Petróleo El Cóndor, mediante acuerdo plasmado en la escritura pública No. 5.822 del 30 de noviembre de 1948 (fls. 89 y s.s. del cuaderno principal).

La nueva concesionaria, SHELL CONDOR, a través de la escritura pública No. 3.111 del 5 de julio de 1952, de la Notaría Cuarta de Bogotá, renunció a la concesión sobre un predio de 2.636 Has, 8.203 mts^2, lote que quedó claramente alinderado en esa escritura.

El lote que quedó en concesión, después de esa devolución, fue cedido por SHELL CONDOR S.A., a ANTEX OIL & GAS COMPANY, en negociación plasmada en la escritura pública No. 3989 del 3 de julio de 1962, de la Notaría Quinta de Bogotá (fl. 117 y S.S., del cuaderno principal). Allí se aclara que debido a la devolución por parte del terreno dado en concesión, este lote ahora tiene una extensión de 45.931 Has., 9.778 Mts^2, con unos linderos que se determinaron en esa escritura.

En la parte final de la cláusula 5a. de ese acuerdo las partes hicieron constar expresamente que a la cesión correspondían todos los derechos derivados del contrato inicial, es decir, aquel celebrado en 1940; y que además, quedaba subrogada la Compañía ANTEX OIL & GAS COMPANY, INC., en todas las obligaciones emanadas de dicho contrato.

La ANTEX, se comprometió expresamente, en la parte final de la escritura, en los siguientes términos: "La Compañía ANTEX AND OIL GAS COMPANY INC. se subroga en todos los derechos y obligaciones que para el Contratante se derivan del contrato a que se refiere el punto segundo de esta escritura, el cual es conocido por la Compañía Cesionaria en todas sus partes, siendo entendido que, como ya se dijo, el traspaso queda sujeto para su validez a la aceptación del Gobierno Nacional" (fl. 136 vuelto, cuaderno principal).

3. La Modificación del Objeto del Contrato.

Pero para la época de la cesión del contrato a la ANTEX, ésta había sufrido una modificación en su objeto, dado que el campo El Difícil ya no era solamente para la exploración y explotación de petróleo, sino había sido también clasificado como campo de gas. Así lo determinó la Resolución No. 0918 del 17 de agosto de 1961, proferida por el Ministerio de Minas y Petróleos. En esa ocasión la aquí demandada, con fundamento en un informe técnico de la División de Petróleos en el sentido de que el campo El Difícil presentaba un alto volumen de producción de gas que estaba siendo desperdiciado y apoyándose en la cláusula cuarta del contrato inicial que obligaba al contratista a emplear sistemas técnicos apropiados, sometiéndose expresamente a los reglamentos de trabajo petroleros que expidiera el gobierno, clasificó el campo "El Difícil", situado en la concesión El Difícil de la SHELL CONDOR S.A., como campo de gas y concedió 50 días a la concesionaria, contados a partir de la ejecutoria de la resolución, para presentar al Ministerio, para su estudio y aprobación, planes concretos para la pronta explotación del campo El Difícil como campo de gas. Dispuso además esa Resolución que si no se diere cumplimiento a lo ordenado, así no se aprobacen los planes, porque estos no conduzcan a un aprovechamiento técnico económico de gas, el Ministerio ordenaría el cierre del Campo "El Difícil".

Esta Resolución dispuso entonces, como requisito para seguir explotando el Campo El Difícil, que se explotara adecuadamente el gas que producía ese Campo.

4. Las Resoluciones Demandadas.

Los actos enjuiciados son las Resoluciones Nos. 131 del 22 de agosto de 1988 y la No. 228 del 30 de diciembre del mismo, mediante lo cual se confirmó la primera al desatar el recurso de reposición interpuesto por la ANTEX, ambas proferidas por el Presidente de la República.

Mediante la No. 131 (fl. 17 y s.s., del Anexo No. 1), se declaró:

> "ARTICULO PRIMERO.– Declarar que el Contrato para explorar y explotar gas de propiedad nacional denominado EL DIFICIL No. 96, termina el 25 de agosto de 1988 a las doce de la noche, día y hora en que opera la reversión a favor de la Nación, de que tratan los literales 1 y 11 de la cláusula cuarta del referido Contrato.

"ARTICULO SEGUNDO.– El Ministerio de Minas y Energía, designará el funcionario respectivo para que a nombre del Gobierno Nacional, reciba a título de reversión, la Concesión El Difícil con todas sus construcciones, maquinaria, equipos y elementos existentes dentro de sus linderos, excluyendo únicamente aquellos que no son de propiedad de ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC., e incluyendo la totalidad de la Planta de Gas, es decir, la sección construida en El Difícil y la instalada en cercanías de la población de Plato, Departamento del Magdalena y la línea de oleoducto que parte de la Concesión El Difícil y llega a Plato, con una longitud de 85 kilómetros y 192 metros, con todas sus anexidades y dependencias y suscriba el Acta correspondiente.

"ARTICULO TERCERO.– Entregar mediante Contrato de Comodato al Municipio de Ariguaní, Departamento del Magdalena, el conjunto de vivienda y demás instalaciones ubicadas en el área de la Concesión El Difícil y conocidas con el nombre de Vadelco, para su administración exclusivamente en beneficio de la comunidad, todo lo cual quedará expreso en el Contrato correspondiente.

"PARAGRAFO.– El Contrato a que se refiere este Artículo se suscribió dentro del término de dos (2) meses contados a partir de la vigencia de esta Resolución.

"ARTICULO CUARTO.– La Compañía ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC., responderá en todo tiempo por los conflictos que por su culpa se suscitaren con los ocupantes de los predios en donde se encuentran localizados los pozos y sus vías de acceso.

"ARTICULO QUINTO.– Los elementos muebles que no comprare el Gobierno y que durante el año siguiente, contado a partir del 25 de agosto de 1988, no fueren retirados por el Concesionario de las zonas o inmuebles que hacen parte de la Empresa, pasarán ipso-facto a propiedad de la Nación como accesorios de dicha Empresa y al mismo título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del Contratista, de conformidad con los Artículos 25 de la Ley 37 de 1931 y 70 y 71 del Decreto 1270 del mismo año.

"ARTICULO SEXTO.– La presente Resolución, el Acta de reversión y sus anexos, deberán elevarse a Escritura Pública.

"ARTICULO SEPTIMO.– El Ministerio de Minas y Energía, ordenará la devolución de la caución constituida para responder por las obligaciones del Contrato, una vez que se presenten la Escritura Pública a que se refiere el artículo anterior y los recibos de pago correspondientes a cánones, regalías y becas hasta el día en que opere la reversión.

"ARTICULO OCTAVO.– Esta Resolución rige a partir de la fecha de su publicación y procede recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación" (fl. 20, 21 y 22, anexo No. 1).

Para fundamentar esa decisión, la demandada en primer término hizo un recuento de las cesiones de que fue objeto el contrato inicial de concesión así como de su clasificación como campo de gas y de la prórroga del contrato autorizada por la Resolución Ejecutiva No. 175 Bis de junio 9 de 1971, que concedió una prórroga de diez (10) años en el período de explotación, contados a partir del 26 de agosto de 1978.

Luego determinó que la reversión consignada en la cláusula cuarta, Literales 1 y 11 del contrato original, comprendió la concesión El Difícil con todas sus construcciones, maquinaria, elementos, equipos allí existentes, así como la totalidad de la planta de gas, es decir, la sección construida en El Difícil y la instalada en cercanías de la población de Plato, Departamento del Magdalena, y la línea de oleoducto que partiendo de la concesión El Difícil, llega a Plato, con una longitud de 85 kilómetros y 132 metros, con todas sus anexidades y dependencias.

Explicó que la planta para lograr el total aprovechamiento del gas que se produjera en el Campo El Difícil, constituía una unidad de dos secciones, la primera, corresponde a los procesos de absorción y refrigeración y está localizada en el Campo de El Difícil, dentro de los linderos de la concesión del mismo nombre; y la segunda sección está localizada fuera de los linderos de la citada concesión, en un predio ubicado cerca de la población de Plato, Magdalena.

Para fundamentar la tesis anterior, se destacó un escrito sin fecha presentado por el representante de la concesionaria, doctor Henry Oliver Codner, en el cual manifestó: "Así mismo en el caso que las instalaciones anteriormente mencionadas se construyeran fuera de los límites de la concesión, ANTEX aceptará que dicha planta revierta de la misma manera que hubiere revertido en el caso de instalarse dentro de la concesión".

Por medio de la Resolución No. 228 del 30 de diciembre de 1988, el Presidente de la República confirmó la No. 131 del 22 de agosto de 1988, al resolver un recurso de reposición formulado por la ANTEX OIL y un derecho de petición impetrada por USTRA PETROL. Allí, se insistió en que la planta de gas, ubicada en Plato, por fuera de los terrenos físicamente delimitados en el contrato, constituía una unidad operativa que no puede considerarse independiente de la primera sección ubicada, esta sí, dentro del área de la concesión.

5. El Concepto de Violación.

La parte actora pretende la nulidad de las resoluciones demandadas, porque las acusa de ser ilegales. Para un mejor manejo del escrito, la Sala ha separado en seis cargos los ataques que se dirigen contra las resoluciones; concretamente son estos los cargos que formula en contra de los actos enjuiciados:

Primer cargo: Que violan el art. 25 de la ley 137 de 1931, al aplicar la cláusula exorbitante de reversión, a bienes que no están ubicados en los linderos que quedaron

claramente determinados en el contrato de concesión y que son los únicos objeto de reversión.

El art. 25 de la ley 37 de 1931, disponía:

> "Artículo 25. Terminado el contrato por cualquier causa, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el contratista dejará en perfecto estado de producción los pozos que en tal época sean productivos, y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa".

No existe ninguna discusión entre las partes frente al hecho de que la planta de refinación de gas ubicada en el Municipio de Plato, queda a 85 kilómetros del predio conocido como concesión El Difícil y quedó delimitado desde el contrato inicial celebrado en 1940.

Según los argumentos de la parte actora, con la resolución demandada se violó el art. 25 de la ley 37 de 1931, y el contrato de concesión celebrado en 1940, por cuanto en esas resoluciones se ordenó la reversión de la planta de refinación de gas, que estaba situada por fuera de los linderos del terreno concesionado y conocido como Concesión El Difícil No. 96. Insiste la accionante fundamentalmente en el hecho de que en el contrato inicial se delimitó en forma concreta cual era el lote dado en concesión y el que debía revertir al Estado, a la terminación del contrato.

Para decidir este punto, la Sala encuentra fundamental definir la naturaleza jurídica del contrato celebrado en 1961 entre SHELL CONDOR y la ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC., que no es más que una prolongación o una extensión del contrato madre del año de 1940, pero cuyo objeto material había variado por disposición de la Resolución No. 0918 del 17 de agosto de 1961, en virtud de la cual éste ya no era sólo de exploración y explotación de petróleo, sino además, la explotación del campo, como campo de gas. Esa explotación requería que el gas que se extranjera del campo El Difícil se trasladara a un inmueble separado pero jurídica y económicamente vinculado a la explotación del petróleo, como actividad anexa, para su refinación. La Resolución 0918 del 61, exigía que el gas que fluye al explotar el petróleo fuera aprovechado industrialmente, so pena de que si no se hacía así, el Gobierno tomaría nuevamente posesión del campo.

Por razones de orden técnico no se podía hacer la refinación dentro de la misma área que constituía la concesión inicial sino que se convino hacerse dentro de un inmueble distinto, separado físicamente del campo concesionado, pero vinculado a aquél, lo cual indica que hay una conexidad entre esos dos inmuebles desde el punto de vista industrial, económico y negocial.

La obligación de reversión en favor del Estado de la planta de refinación ubicada por fuera del predio dado en concesión, no surge solamente de un acuerdo de voluntades entre el Gobierno Nacional y la ANTEX, sino que surge en primer término de la Ley 37 de 1931 que rige el contrato y en su art. 25 dispone la reversión del campo concesionado con todas sus anexidades, como obligación a cargo del contratista y en segundo lugar de la Resolución 0918 de 1961, que clasificó El Difícil como campo de gas. Esa clasificación imponía a la concesionaria, ya fuera la SHELL CONDOR o su cesionaria la ANTEX OIL, la obligación de extraer y procesar el gas en ese campo, y ese proceso comprendía no sólo la extracción sino la separación para obtener los gases secos, metano y butano, procedimiento que se realizaba en la planta de extracción ubicada en el Campo El Difícil, sino además, la refinación de los gases líquidos para obtener el gas propano y butano y la gasolina, proceso que se efectuaba en la planta de refinación ubicada en Plato.

Al tenor de lo preceptuado por el art. 1618, del C.C. debe estarse a la intención de los contratantes iniciales, lo cual vincula a los concesionarios del contrato. Esa intención es clara en el sentido de que a la terminación del contrato todos los bienes destinados a la explotación de ese campo, revertirían al Estado. No puede atenerse al tenor literal del contrato en el sentido de que sólo revertirían los bienes que estaban ubicados dentro de los linderos del campo concesionado, por cuanto al momento de celebrarse el contrato inicial el objeto material del mismo sólo lo constituía la exploración y explotación de petróleos, pero a partir de 1961, también debía explotarse gas y para tal efecto se necesitó construir una planta fuera de los límites geográficos del campo, pero que estaba destinada en forma exclusiva a cumplir con las exigencias de la Resolución 0918 de 1961, para poder seguir explotándolo.

El art. 1.612 del C.C. preceptúa:

> "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.
>
> "Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen".

En aplicación a lo dispuesto en esta norma, debe entenderse que dada la naturaleza especial de este contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse íncitas en el contrato. Es decir, no era necesario que el Gobierno Nacional y la SHELL CONDOR o la ANTEX OIL firmaran una escritura pública en la que se hiciera constar que la planta construida en Plato, revertiría al Estado Colombiano; y, no era necesario porque es de la esencia del contrato de concesión, la reversión de los bienes destinados a la explotación del campo concesionado.

Con estas consideraciones, queda desvirtuado el primer cargo formulado en contra de las resoluciones enjuiciadas.

Segundo cargo: Violación del Art. 43 de la Ley 37 de 1931, que dispone que la refinación del petróleo es libre en todo el territorio nacional, por tanto las disposiciones sobre reversión no pueden extenderse sobre la refinería ubicada fuera del territorio concesionado.

Tampoco prospera este ataque por las razones mencionadas en el punto anterior, y además, porque no se trataba de la refinación de petróleo, sino de la explotación industrial del gas, conforme lo exigía la Resolución 0918 de 1961. No era facultativo de la ANTEX refinar el gas para su explotación industrial, sino que así lo impuso la mencionada Resolución, se repite, so pena de terminar el contrato si así no se hacía.

Tercer cargo: Indebida motivación, porque el fundamento legal de la resolución para transferir la planta, lo constituye un escrito sin fecha del representante legal de la contratista, el cual carecía de facultades, para modificar el contrato especial en aspecto tan relevante como son los bienes susceptibles de reversión gratuita y obligatoria a favor de la Nación, acto para el cual requería autorización expresa de la junta directiva.

Se refiere la parte actora a un memorial suscrito por el señor Henry Oliver Codner, en calidad de apoderado de la ANTEX OIL & GAS COMPANY INC., (fls. 27 y 28 del cuaderno No. 2), en el cual informa sobre el programa de Inversiones y proyecto para la importación y construcción en el país de una planta para refinar el petróleo crudo y gas natural producido en la concesión "El Difícil". Allí hizo constar expresamente: "Así mismo, en el caso de que las instalaciones anteriormente mencionadas se construyeran fuera de los términos de la concesión, ANTEX aceptará que dicha planta revierta de la misma manera que hubiera revertido en el caso de instalarse dentro de la concesión...".

Ese documento permite establecer que la ANTEX estaba enterada a través de su segundo suplente, de la obligación de reversión que existía sobre todos los bienes dedicados a la explotación del campo concesionado, sin que fuera requisito para que la reversión operara, el hecho de que el segundo suplente tuviera facultades para comprometer a la ANTEX con esa reversión, porque como ya se precisó, la obligación de reversión surgió de la Ley 37 de 1931 de la Resolución 0918 de 1961.

Cuarto cargo: Falsa motivación, porque no tiene fundamento la pretendida figura de "Unidad Operativa", declarada por la demandada en relación con la planta de extracción ubicada en el Campo El Difícil y la planta de refinación situada en el Municipio de Plato. No prospera este cargo, por las consideraciones expuestas al despachar el primer cargo, en el cual se estableció que efectivamente las dos plantas constituían una unidad desde el punto de vista industrial, económico, comercial y jurídico, para la explotación del gas del Campo El Difícil.

Quinto cargo: Que la Resolución No. 131 se ejecutó antes de ejecutoriarse, como quiera que la reversión se produjo el 25 de agosto de 1988, cuando estaba pendiente de decidirse el recurso de reposición que en su contra había interpuesto la parte actora.

Al respecto la Sala observa: Objetivamente es cierto que la Resolución No. 131 del 22 de agosto de 1988, fue objeto de cumplimiento el 25 de agosto del mismo año, a pesar de no haber vencido el término para interponer el recurso de reposición, el cual fue oportunamente formulado el 1o. de septiembre de ese año.

Sin embargo, el referido acto administrativo no tenía por virtualidad fijar o definir la voluntad unilateral de la entidad que lo produjo, sino que simplemente se limitaba a recordar o alertar a las partes del contrato de concesión celebrado en 1940 y su adicional de 1961 en el sentido de que a partir de las 12 de la noche del 25 de agosto de 1988, el referido negocio jurídico finalizaba con la obligación de efectuar las diligencias necesarias a efecto de cumplir la reversión de que se ha dado cuenta a lo largo de este proveído. En estos términos, nada nuevo, nada distinto, ni nada diferente a lo convenido por las partes en el contrato tantas veces citado, contiene el referido acto administrativo. De tal manera que si bien es cierto se surtía una ejecutoria del mismo, ésta no era más que de carácter formal, pues no era dable aplicarle los efectos de toda ejecutoria material. Así las cosas, el referido acto administrativo gozaba de ejecutoriedad o cumplimiento a partir de las 12 de la noche del 25 de agosto de 1988, independientemente de que contra el mismo se hubiera interpuesto o no, los recursos posibles por la vía gubernativa. En fin, se trata de un acto administrativo íntimamente vinculado con el cumplimiento o ejecución de las obligaciones contractuales.

Sexto cargo: Las Resoluciones demandadas impusieron una obligación irredimible a la ANTEX, de saneamiento a las zonas revertidas, sin límite de tiempo. El art. 4o. de la Resolución No. 131, dispuso:

> "ARTICULO CUARTO.– La Compañía ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC., responderá en todo tiempo por los conflictos que por su culpa se suscitaren con los ocupantes de los predios en donde se encuentran localizados los pozos y sus vías de acceso" (fl. 21, Anexo No. 1).

AL RESPECTO LA SALA OBSERVA:

Debe entenderse que esa obligación de saneamiento sólo existió durante los cuatro años contados a partir del 25 de agosto de 1988, término en el cual prescribió la obligación del saneamiento por evicción, conforme a lo dispuesto por el Art. 1.913 del C. Civil, que a la letra dice:

> "La acción de saneamiento por evicción prescribe en cuatro años; mas por lo tocante a la sola restitución del precio, prescribe según las reglas generales.
>
> "Se contará el tiempo desde la fecha de la sentencia de evicción; o si esta no hubiere llegado a pronunciarse, desde la restitución de la cosa".

Se hace esta precisión por cuanto respecto a este tema no será materia de precisión especial en la parte resolutiva de este fallo, puesto que se sobreentiende que esa

obligación de saneamiento se encuentra circunscrita al máximo legal que para tal efecto prevee la norma transcrita, que sobre éste tópico tiene carácter imperativo, sin que la voluntad de las partes pueda ampliar dicho término. En suma, la parte actora, a pesar de su esfuerzo por demostrar los defectos jurídicos que le enrostró a los actos demandados no lo logró. Por consiguiente aquellos siguen amparados con la presunción de legalidad.

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:

NIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha dieciséis (16) de junio 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.

HIDROCARBUROS/NULIDAD DEL TITULO TRASLATICIO DE DOMINIO–Efectos/**RESTITUCION DEL BIEN/DOMINIO**–Declaración/**PROPIEDAD**–Declaración/**ACCION REAL/NULIDAD DEL ACTO JURIDICO/RESTITUCIONES MUTUAS**–Consecuencia

Cuando alguien pide como tradente de una propiedad la nulidad del título traslaticio del dominio, la finalidad de la acción no se colma o satisface con esa simple declaración, ya que lo pretendido trasciende de esa simple declaración para caer en la reconstitución del patrimonio menguado con la porción transferida. La acción, en el fondo, aunque de índole personal también tiene alcance real porque busca afectar no sólo ese título sino también el modo consiguiente con efectos restitutorios. Tan cierto es esto que el mismo legislador suple en tales eventos la voluntad del demandante cuando ésta se limite a solicitar sólo la nulidad del acto o contrato, porque el juez deberá ordenar como consecuencia de su declaración las restituciones mutuas. La orden de restitución está implícita en la sentencia que anule el acto o contrato de transferencia del dominio, a menos que el demandante manifieste renunciar implícita o explícitamente a dichas restituciones. Tan consciente ha sido la jurisprudencia del efecto retroactivo de la declaración de nulidad que frente a aquellos actos o contratos sujetos a registro enseña que deberá ordenarse la cancelación de éste sin que para el efecto haya mediado petición. La acción intentada por la nación lleva implícita la pretensión declarativa del dominio estatal; hasta el punto de que si la sentencia le es favorable los bienes que salieron de su patrimonio en virtud de los actos y contratos impugnados regresarán, jurídicamente, a su patrimonio. Se dice jurídicamente porque la nación ha continuado ejerciendo la tenencia de dichos bienes.

YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS/ACCION DE DOMINIO/ NULIDAD DEL CONTRATO–Efectos/ACCION REIVINDICATORIA/ TERCERO POSEEDOR

Cuando se demanda la nulidad del contrato que sirvió de título a la tradición del bien, y éste continúa aún en cabeza del adquiriente inicial, no será necesario pedir expresamente ni la declaratoria de dominio ni la restitución del bien. Estos serán efectos consecuenciales de la declaración de nulidad. El bien, como si nada hubiera pasado, regresará jurídicamente al patrimonio del tradente (de allí la cancelación del registro) y materialmente el poseedor deberá devolverlo a su dueño inicial, bien por voluntad propia o en forma compulsiva. Aquí podrá hablarse de una pretensión implícita de dominio, de operancia de pleno derecho. En cambio, cuando se demanda la nulidad del contrato y ya el bien no está en manos del adquiriente inicial, si el demandante pretende la restitución del inmueble no deberá contentarse con la simple declaración de nulidad, Pues mediante las restituciones mutuas no podrá desposeerse al tercero de la posesión del mismo. En tal hipótesis, entonces, quien pide la nulidad y desea que el bien regrese materialmente a su patrimonio deberá acumular la pretensión anulatoria con la expresa pretensión de dominio; o también podrá, luego de la declaratoria de nulidad, intentar acción reivindicatoria contra este tercero poseedor. Cuando el adquiriente demandado en nulidad ya no sea el poseedor del bien porque lo transfirió a otro, y el demandante no intentó con la nulidad la acción de dominio, el tercero poseedor no estará obligado a devolver en virtud de las restituciones mutuas, porque la sentencia en este extremo le será inoponible. En otras palabras, el tercero poseedor es tercero frente a los efectos interpartes de la nulidad decretada.

YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS/ACCION DE DOMINIO/MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS JUDICIALES

La acción intentada, más que una simple acción de nulidad, es intrínsecamente una acción que busca reafirmar el dominio de unos yacimientos de hidrocarburos pertenecientes al Estado. Acción en la cual la nulidad de un acto administrativo y de unos negocios jurídicos solemnes vaciados en escrituras públicas, no es más que el supuesto para su procedencia o declaración final. Puede decirse, entonces, que es una acción personal de efectos, frente a los bienes traditados, reales. Aquí no están controvirtiendo los contratos 15, 16, 15A y 16A celebrados entre Ecopetrol y las personas que aparecen como propietarias del subsuelo aquí discutido. Pero esta razón, en lugar de impedir

la medida cautelar solicitada, la respalda, ya que la existencia misma de tales contratos y de los pagos derivados de los mismos, es lo que permite la procedencia de la medida cautelar, por constituir el otro supuesto para la aplicación del artículo 4o. de la citada Ley 97 de 1993. Dichos contratos, derivados de los aquí cuestionados, son la causa de los pagos que Ecopetrol está cumpliendo y que quedarán, por eso mismo, afectados con la medida preventiva aludida. Observa la Sala que la medida cautelar regulada en el artículo 4o. de la Ley 97 es de carácter especial y propia de asuntos como el aquí tratado. Su especialidad muestra que no tiene relación alguna con la contemplada en el código de procedimiento civil en su artículo 690 (Decreto 2282 de 1989, art. 1o . nl. 346), ya que esta norma es aplicable, en principio, sólo en el campo del derecho privado y para los litigios entre particulares que se ventilen ante la justicia ordinaria y giren sobre el dominio u otro derecho real principal. Es tan cierta la diferencia y tan distintos los supuestos que justifican una y otra medida que la cautelar regulada en la Ley 97 no se refiere al objeto mismo del litigio (la propiedad o el derecho real en discusión, en los términos del art. 690 del C. de P.C.), sino que tiene que ver con los efectos de unos contratos celebrados entre Ecopetrol y los que aparecen como propietarios del subsuelo en virtud de las daciones en pago discutidas en el presente proceso.

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6976 - Acción de Nulidad. Actor: Ministerio de Minas y Energía. Demandada: Comuneros de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana.

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto contra el auto de febrero 25 del presente año dictado por el señor Consejero Uribe Acosta, mediante el cual se denegó la medida cautelar de embargo y secuestro solicitada por el apoderado de la Nación - Ministerio de Minas y Energía y de Hacienda y Credito Público. (a folios 1.954).

En dicho proveído, el conductor del proceso, luego de transcribir las pretensiones formuladas en la demanda inicial, arguyó:

"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 corres-

ponde al estado y no a los particulares..." como reza el artículo 4° de la Ley 97 de 1993. Sus aspiraciones se orientan simplemente a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolucion 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 1.857 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, no 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".

Inconformes con lo así decidido los interesados interpusieron recurso de súplica para ante esta Sala de decisión, así: el ministerio público (procuradora segunda delegada) mediante escrito que obra a folios 196 y siguientes; Ecopetrol, luego de solicitar intervención como coadyuvante, en libelo que figura a folios 1.977 y siguientes; la Nación - Ministerio de Minas en escrito que obra a folios 1.983 y siguientes. Por su lado, los señores Fabio Arango Mejía y Nohora Delgado de Arango (a folios 2.023 y siguientes), la familia Guzmán Pardo (a folios 2.027 y siguientes), Andrés Rodríguez Pizarro (a folios 2.037 y siguientes), Guillermo Sarmiento Rodríguez y Carlos Alberto Navia Raffo (a folios 2.049 y siguientes) defienden la perspectiva manejada por el ponente de la decisión recurrida y piden su confirmación.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Estima la Sala que el presente asunto amerita, en esta oportunidad, hacer claridad sobre los siguientes aspectos: a) El alcance del auto suplicado; b) La acción intentada y sus fines; c) las acciones de dominio; d) la medida cautelar pretendida.

Para el señor Consejero Uribe Acosta, la acción intentada en este proceso no es una acción de dominio, ya que ella sólo busca la declaratoria de nulidad de un acto administrativo (la resulución 113 de 29 de mayo de 1971 dictada por el señor Presidente de la República) y de las escrituras de dación con pago enlistadas en la demanda. Afirma, además, que el presente conflicto no tiene carácter declarativo y reivindicatorio de propiedad, ya que en parte alguna de la demanda se solicitó, como consecuencia de esa nulidad, la declaración de que esos yacimientos de hidrocarburos pertenecen al Estado. A guisa de conclusión y como apoyo de su argumentación anota que en el auto admisorio dictado por esta Sala de decisión en noviembre 21 de 1991 (a folio 370), se sostuvo que la acción no era de simple nulidad, ni de restablecimiento, no contractual, "razón por la cual el proceso es de..." carácter administrativo, para los cuales no existe regla especial de competencia.

Para la Sala, al señor Consejero Uribe Acosta le asiste la razón pero solo desde un punto de vista simplemente formal o textual. Es cierto que la nación en su demanda no pide expresamente una declaración de dominio a favor de la misma como consecuencia de la nulidad de los actos impugnados. Pero no lo es menos que,como sucedió aquí, cuando alguien pide como tradente de una propiedad la nulidad del título traslaticio del dominio, la finalidad de la acción no se colma o satisface con esa simple declaración, ya que lo pretendido trasciende de esa simple declaración para caer en la reconstitución del patrimonio menguado con la porción transferida. La acción, en el fondo, aunque de índole personal también tiene alcance real porque busca afectar no sólo ese título sino también el modo consiguiente con efectos restitutorios.

Tan cierto es esto que el mismo legislador suple en tales eventos la voluntad del demandante cuando ésta se limite a solicitar sólo la nulidad del acto o contrato, porque el juez deberá ordenar como consecuencia de su declaración las restituciones mutuas. O en otros términos, como lo dice la jurisprudencia de la Corte Suprema, "la declaración de nulidad y la de restitución de que habla el art. 1746 del c.c. integran el mismo cuerpo de la sentencia, sin que la ley disponga que primero debe obtenerse un fallo declaratorio de nulidad y después haya necesidad de otro juicio ordinario para impetrar la restitución". (Cas. 17 de febrero de 1958).

En otras palabras, la orden de restitución está implícita en la sentencia que anule el acto o contrato de transferencia del dominio, a menos que el demandante manifieste renunciar implícita o explícitamente a dichas restituciones.

Estas ideas se desprenden de lo que dispone el art. 1746 al hablar de los efectos de la nulidad absoluta declarada por el juez. Allí, se lee:

"La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

"En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo".

El efecto retroactivo que se infiere de la norma transcrita no surge con exclusividad de este mandato sino que, como lo afirma también la Corte Suprema, emana "de la misma naturaleza de la nulidad, que es sanción impuesta por la ley, a los que no se sujetan a sus mandatos o burlan sus prohibiciones, El artículo citado –agrega la Corte– **no hace otra cosa que reglamentar el principio del efecto retroactivo de la declaración judicial de nulidad que implícitamente** está envuelto en el concepto de nulidad, o sea en el desconocimeinto del valor legal de los actos y contratos que contravienen a las prescripciones de la ley". (Cas. 23 de noviembre de 1928).

"El efecto legal y natural de toda declaración judicial de nulidad –sostiene igualmente la misma corporación– es la restitución completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado. **La sentencia declarativa de nulidad produce efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado"** (subrayas fuera de texto).

No puede olvidarse, agrega la Sala, que el efecto propio, obligado y general de toda declaratoria judicial de nulidad es el de volver las cosas al estado que tendrían si no se hubiese celebrado el contrato o expedido el acto declarado nulo, por la vía de las restituciones mutuas.

Todo lo precedente pone en evidencia que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato de transferencia de una propiedad mueble o inmueble, lleva implícita la pretensión restitutoria del bien traditado. Hasta el punto que la jurisprudencia y la doctrina han aceptado que, por ejemplo, "entre las acciones de nulidad del contrato de compra-venta y la de dominio o reivindicación hay una relación de causalidad o dependencia, porque declarada aquélla, tienen derecho las partes a que sean restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato mutuo (art. 1746); estado que no puede obtenerse sino mediante sentencia que discute la reversión del dominio y entrega del bien de que se trata (Cas. 7 de junio de 1950).

Tan consciente ha sido la jurisprudencia del efecto retroactivo de la declaración de nulidad que frente a aquellos actos o contratos sujetos a registro enseña que deberá ordenarse la cancelación de éste sin que para el efecto haya mediado petición.

A este respecto, en sentencia de 28 de noviembre de 1946, dijo la Corte:

"La declaración de nulidad absoluta del contrato... conforme al artículo 1746 del c.c., envuelve natural y consecuencialmente la de su registro. Declarada aquella debe decretarse la cancelación del segundo, aun sin necesidad de petición expresa al respecto (CC. art. 2575).

Cabe observar que en el escrito de corrección de la demanda que obra a folios 536 y ss. del c. No. 1, la nación demandante solicita expresamente la cancelación de los registros correspondientes en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

En suma de lo anterior, la acción intentada por la nación lleva implícita la pretensión declarativa del dominio estatal; hasta el punto de que si la sentencia le es favorable los bienes que salieron de su patrimonio en virtud de los actos y contratos impugnados regresarán, jurídicamente, a su patrimonio. Se dice jurídicamente porque la nación ha continuado ejerciendo la tenencia de dichos bienes.

La acción de dominio.

Las ideas que se exponen a continuación refuerzan los argumentos expuestos en el anterior acápite.

La acción real de dominio en el derecho colombiano puede formularse como principal o como consecuencial o derivada, de otra de carácter personal. Por el primer aspecto, así como lo dice el adagio, el dueño no poseedor demandará al poseedor no dueño, para que el juez declare que es suya la propiedad. O, en otros términos , es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella esté condenado a restituirla.

En cambio,cuando esa declaración de dominio exija previamente la nulidad del acto o contrato de transferencia de la propiedad,deberá acumularse con esta pretensión anulatoria, la consecuencial de dominio o propiedad. Se entiende esa acumulación sucesiva o condicional por efectos prácticos y por economía procesal, porque nada impide que en tal eventualidad pueda demandarse primero la nulidad del acto o contrato y luego el dominio o propiedad.

Lo anterior obedece a la presentación ortodoxa del problema; porque cuando se demanda la nulidad del contrato que sirvió de título a la tradición del bien, **y éste continúa aún en cabeza del adquiriente inicial,** no será necesario pedir expresamente ni la declaratoria de dominio ni la restitución del bien. Estos serán efectos con-

secuenciales de la declaración de nulidad. El bien, como si nada hubiera pasado, regresará jurídicamente al patrimonio del tradente (de allí la cancelación del registro) y materialmente el poseedor deberá devolverlo a su dueño inicial, bien por voluntad propia o en forma compulsiva. Aquí podrá hablarse de una pretensión implícita de dominio, de operancia de pleno derecho.

En cambio, cuando se demanda la nulidad del contrato y ya el bien no está en manos del adquirente inicial, si el demandante pretende la restitución del inmueble no deberá contentarse con la simple declaración de nulidad, pues mediante las restituciones mutuas no podrá desposeerse al tercero de la posesión del mismo.

En tal hipótesis, entonces, quien pide la nulidad y desea que el bien regrese materialmente a su patrimonio deberá acumular la pretensión anulatoria con la expresa pretensión de dominio; o también podrá, luego de la declaratoria de nulidad, intentar acción reivindicatoria contra este tercero poseedor.

Sucede algo similar a lo que se presenta cuando el que solicita la nulidad sea un tercero, por ejemplo, un acreedor, con el objeto de reintegrar el patrimonio de su deudor y obtener la solución de la deuda, quien por tal circunstancia, como lo ha dicho la Corte, "es tercero también a los efectos que entre las partes puede traer la declaración de nulidad del contrato.El tercero perjudicado con el acto de su deudor en razón del contrato celebrado por éste, no está dentro de la posibilidad de hecho de realizar lo que la ley llama prestaciones mutuas". (Sent. de 15 de junio de 1959)

En este orden de ideas y siguiendo la orientación anotada, cuando el adquiriente demandado en nulidad ya no sea el poseedor del bien porque lo transfirió a otro, y el demandante no intentó con la nulidad la acción de dominio, el tercero poseedor no estará obligado a devolver en virtud de las restituciones mutuas, porque la sentencia en este extremo le será inoponible. En otras palabras,el tercero poseedor es tercero frente a los efectos interpartes de la nulidad decretada.

En síntesis de lo anterior, la Sala estima que la acción de dominio en el derecho colombiano puede presentar,a grandes rasgos, esta clasificación:

a) La acción de dominio o reivindicatoria directa, principal, del dueño no poseedor contra el poseedor no dueño.

b) La acción de dominio consecuencial a una declaración de nulidad del acto o contrato y acumulada con ésta, también expresa y directa, en la cual, de un lado, será parte demandada el otro contratante; y de otro, el actual poseedor, tercero en el negocio jurídico impugnado; y

c)La acción de dominio implícita, consecuencial a la declaratoria de nulidad pretendida por la parte impugnadora del contrato contra el otro contratante que sigue en posesión de la cosa traditada.

Para cerrar este título la Sala se refiere al argumento final expuesto por el señor Consejero que dictó el auto suplicado como apoyo de su afirmación de que la acción intentada "no tiene carácter declarativo y reivindicatorio de la propiedad", en el sentido de que el auto admisorio de 21 de noviembre de 1991 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".

Si, la Sala insiste en lo dicho en el auto admisorio y lo ratifica. La acción intentada por la nación no encaja exactamente en ninguna de las tradicionales reguladas en los artículos 84 y siguientes del c.c.a., aunque pueda tener puntos de contacto con algunas de ellas. Así, en cuanto se demanda la nulidad de la resolución 113 se acerca a la de nulidad y restablecimiento: pero la nulidad de las escrituras de dación en pago no puede ser la simple y lógica consecuencia de la primera nulidad, sino que estos actos tienen su propia autonomía, dado que su origen tiene otra razón o fundamento mediato, como fue el contrato de bienes ocultos celebrado entre la nación y el señor Martínez L. el 20 de diciembre de 1920.

También se asemeja a una controversia contractual, no sólo por su origen remoto, sino por el contenido formal de las escrituras aquí demandadas, pero la acción no se deja encasillar en la órbita de lo contractual , ya que, en el fondo, se repite, todo está orientado no a definir el alcance de unos derechos emanados del contrato, sino a declarar que los bienes objeto de las daciones en pago no han sido de propiedad privada, sino de exclusiva propiedad del Estado y que, por ende, no son ni prescriptibles ni enajenables.

Por estas razones se insiste que la acción intentada, más que una simple acción de nulidad, es intrínsecamente una acción que busca reafirmar el dominio de unos yacimientos de hidrocarburos pertenecientes al Estado. Acción en la cual la nulidad de un acto administrativo y de unos negocios jurídicos solemnes vaciados en escrituras públicas, no es más que el supuesto para su procedencia o declaración final. Puede decirse, entonces, que es una acción personal de efectos, frente a los bienes traditados, reales.

Es cierto, como lo dice el señor Consejero Uribe Acosta, que aquí no se están controvirtiendo los contratos 15, 16, 15A y 16A celebrados entre Ecopetrol y las personas que aparecen como propietarias del subsuelo aquí discutido. Pero esta razón, en lugar de impedir la medida cautelar solicitada, la respalda, ya que la existencia misma de tales contratos y de los pagos derivados de los mismos, es lo que permite la procedencia de la medida cautelar, por constituir el otro supuesto para la aplicación del art. 4o. de la citada ley 97 de 1993. Dichos contratos, derivados de los aquí cuestionados, son la causa de los pagos que Ecopetrol está cumpliendo y que quedarán , por eso mismo, afectados con la medida preventiva aludida.

La medida cautelar.

Mediante escrito de 11 de enero de 1994 la nacion solicitó expresamente "el embargo y secuestro preventivos de los pagos que en favor de los presuntos comuneros particulares del predio Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana realiza la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, en virtud de los contratos distinguidos con los números 15, 16, 15A, 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%) del petróleo extraído en el mencionado predio".

Apoyó su solicitud en el artículo 4 de la ley 97 de 1993.

Pues bien. Clarificada la acción propuesta y la finalidad inequívoca de la misma (la definición de propiedad estatal del subsuelo del predio antecitado), la Sala anota frente a la petición de la medida cautelar.

Reza el artículo en cuestión:

> "ART. 4o.–Medidas cautelares en procesos judiciales. Cuando por la vía judicial se pretenda que la propiedad de minas atinentes a minerales metálicos y a yacimientos de hidrocarburos corresponde al Estado y no a los particulares, procederá embargo y secuestro preventivos de los pagos que la Nación o sus entidades descentralizadas efectúen en virtud de actos o contratos derivados de los títulos cuyo mérito se discute.
>
> "El juez decretará estas medidas cautelares en el auto admisorio de la demanda, o en cualquier momento procesal posterior, a solicitud de la parte interesada. Su adopción y vigencia no requieren caución.
>
> "La entidad pública responsable de efectuar los pagos o encargada por ley de la exploración y explotación del recurso natural no renovable de propiedad de la Nación, actuará como secuestre y deberá invertir los recursos en títulos inscritos en mercados de valores mientras se decide el proceso".

Como su texto lo indica, la norma regula una medida cautelar o preventiva que busca defender los derechos de las partes en contienda. De un lado, los del Estado porque si logra sacar avante sus pretensiones, su éxito, frente a los dineros congelados no será pírrico, como lo anota el mismo apoderado de la Nación, porque no tendrá que demandar la devolución de los mismos con resultado bastante improbable, sino que sólo requerirá la orden judicial de levantamiento de la medida . Y de otro, los derechos de los particulares porque si logran fallo a su favor, en tal evento tendrá que ordenarse inmediatamente la entrega de los títulos inscritos en el mercado de valores que se hayan invertido durante la etapa de vigencia de la medida cautelar, con los rendimientos consiguientes.

Como medida cautelar que es la que aquí se ordenará, no implicará definición alguna sobre el problema de fondo. Esta definición, como la definición misma de la índole de la acción instaurada por la Nación, hay que entenderla como de primer intento, porque su alcance definitivo sólo podrá hacerse en la sentencia y cuando ya el juzgador tenga en sus manos todos los elementos de juicio requeridos.

Para la Sala, se dan en el caso *sub-júdice* todos los supuestos para la aplicación de la norma. Supuestos o elementos que pueden discriminarse así:

a) Por la vía judicial escogida por la Nación se busca que se defina la propiedad de unos yacimientos de hidrocarburos pertenecientes al Estado en el sector de Cusiana contra unos particulares que alegan ser sus dueños.

b) El decreto de la medida cautelar, con efectos mientras se decide el presente litigio, es oportuno, ya que puede hacerse o bien en el auto admisorio de la demanda o en cualquier momento posterior.

c) La peticion se hizo por la parte interesada, en este caso la Nación.

d) Su adopción y vigencia no requieren caución.

e) La medida busca que los pagos que debe efectuar Ecopetrol a los interesados, con apoyo en los contratos distinguidos con los Nos. 15, 16, 15A y 16A, se inviertan en títulos inscritos en el mercado de valores a favor de estos y mientras dure el proceso.

f) Ecopetrol será el secuestre responsable de los títulos y deberá rendir cuenta periódica de las operaciones que efectúe al consejero que conoce la presente acción, para control de su ejecución y manejo.

g) Decidido el asunto en forma favorable a los particulares, éstos deberán recibir los títulos con sus intereses correspondientes

e) Si la sentencia fuere favorable a la Nación, los títulos con sus dividendos ingresarán definitivamente a su patrimonio.

La Sala observa que todo lo expuesto hace referencia a la procedencia de la medida cautelar (el objeto de la providencia cuestionada); razón por la cual la Sala no se detuvo a analizar las reflexiones sobre el fondo mismo de las controversias hechas por los interesados en los escritos citados al principio de la motivación, pues estas deberán ser objeto de consideración en la sentencia. Por eso en las páginas anteriores se hizo el estudio de los distintos argumentos pertinentes, pero nada más. Y como se dijo atrás, con el decreto de la medida cautelar que aquí se hará, no está definiendo aún nada de fondo. Sólo, por su medio, se estará facilitando el cumplimiento de la decisión final, cualquiera sea su resultado.

Observa la Sala que la medida cautelar regulada en el artículo 4 de la ley 97 es de carácter especial y propia de asuntos como el aquí tratado. Su especialidad muestra que no tiene relación alguna con la contemplada en el código de procedimiento civil en su artículo 690 (decreto 2282 de 1989, art.1o. nl. 346), ya que esta norma es aplicable, en principio, solo en el campo del derecho privado y para los litigios entre particulares que se ventilen ante la justicia ordinaria y giren sobre el dominio u otro derecho real principal. Es tan cierta la diferencia y tan distintos los supuestos que justifican una y otra medida que la cautelar regulada en la ley 97 no se refiere al objeto mismo del litigio (la propiedad o el derecho real en discusión, en los términos del art. 690 del c. de p.c.), sino que tiene que ver con los efectos de unos contratos celebrados entre Ecopetrol y los que aparecen como propietarios del subsuelo en virtud de las daciones en pago discutidas en el presente proceso. En otras palabras, la medida cautelar en principio, no sería procedente dentro del proceso en el que se discutiera la validez de los contratos 15, 16, 15A y 16A, por no encajar en los supuestos que permiten la aplicación tanto del artículo 4 de la ley 97 como del 690 del c. de p.c.

Es tan evidente el campo de aplicación de estas normas en esferas diferentes que la medida regulada en la primera ley no conlleva la inscripción de la demanda ante el Registro; no exige el otorgamiento de caución para su procedencia; ni podrá levantarse la medida mediante caución otorgada por la persona afectada con la misma.

En otros términos, al existir una normatividad especial para el caso aquí discutido, no podrá acudirse al código de procedimiento civil para llenar un vacío que no existe.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Decisión,

RESUELVE:

Revócase el auto de 25 de febrero del presente año dictado por el señor Consejero Uribe Acosta. En su lugar:

Decrétase, a partir de la fecha de ejecutoria de este proveído, el embargo y secuestro de los pagos que por concepto de regalías debe efectuar Ecopetrol a los interesados de los contratos 15, 16, 15A y 16A celebrados con dicha Empresa, y que en copias autenticadas obran a folios 1868 y ss. del cuaderno principal.

Ecopetrol deberá invertir, a medida que se vayan causando los diferentes pagos, los dineros correspondientes en títulos inscritos en el mercado de valores.

Actuará como secuestre la mencionada entidad, la cual deberá llevar un estricto control de las distintas operaciones en su contabilidad.

Así mismo Ecopetrol deberá informar en forma periódica las operaciones que efectúe en acatamiento a esta medida.

La medida cautelar durará mientras se decide el proceso y se ejecutoríe la sentencia.

Si esta fuere favorable a los particulares deberá Ecopetrol hacer entrega de los títulos con sus dividendos o intereses, tan pronto se ejecutoríe la decisión.

COPIESE Y NOTIFIQUESE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala (Salvó el Voto); *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

LEY INTERPRETATIVA/PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL/RETROACTIVIDAD DE LA LEY–Improcedencia/**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/CUSIANA**–(Salvamento de Voto)

La inconstitucionalidad del artículo 4o. de la Ley 97 de 1993 es ostensible y por consiguiente, se impone su inaplicabilidad, porque así lo manda la norma de normas o carta política en su Artículo Cuarto. En efecto la Ley 20 de 1969 para nada se ocupa del tema de medidas cautelares, por lo que el Legislador de 1993 mal podría, so pretexto de interpretarla, introducirle semejante agregado. Más grave aún el abuso que se pone de presente si se tiene en cuenta que el artículo 5o. de la llamada ley interpretativa establece su vigencia a partir de la promulgación, queriendo dar a entender que bien podrían surtirse medidas cautelares dentro de litigios en curso al momento de la dicha promulgación, cuando bien sabido es que las leyes solamente regirán hechos, conductas y comportamientos futuros. Es decir, que la Ley 97 debió precisar que se aplicaría a casos por venir. Esta extraña forma de legislar para "regular" casos concretos que están sometidos a consideración de la justicia, no puede ser acogida por los jueces, pues, por contera se estará, facilitando esta vedada práctica de estados que quieren concretar en un solo órgano las diversas funciones legislativa, ejecutiva y judicial. Además, con éste curioso modo de legislar, con lo cual se le da efecto retroactivo a la nueva ley, se rompe también la estabilidad y la seguridad de situaciones jurídicas que merecen respeto por su intangibilidad.

HIDROCARBUROS/MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS JUDICIALES/REGALIAS/EMBARGO/SECUESTRO–(Salvamento de Voto)

Al momento de resolver sobre la viabilidad o no de una medida cautelar, el Juez deberá poner en presente lo que en un futuro va a resolver. No

se olvide que la medida de aseguramiento tiene su justificación para salvar los perjuicios por la tardanza en la dictado de la sentencia, y así evitar el peligro o riesgo que ésta envuelva. Entonces, lo que se ha hecho con el auto objeto de mi inconformidad, es dejar de lado el referido principio. El tema referido a los dineros que viene pagando Ecopetrol a los llamados Comuneros de Cusiana, en virtud de los derechos a ellos reconocidos, tienen su origen en los contratos Nos. 15, 15A, 16 y 16A. Dichos contratos analiazdos en su contenido no generan sino clarísimos derechos de carácter PERSONAL, cuya legalidad o ilegalidad no podrán juzgarse sino dentro del proceso de nulidad de tales contratos que actualmente, acertada o equivocadamente, se tramita ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá. Entonces, resulta elemental que sea allí donde se busque la medida de aseguramiento que equivocadamente ha radicado el actor ante el Consejo de Estado. Se dirá que soy reiterativo, pero la circunstancia lo amerita. Aquí, ante el Contencioso Administrativo, no se debate nada, absolutamente nada, así sea directa o indirectamente, mediata o inmediatamente, que tenga relación con las participaciones, regalías o dividendos que en virtud de los señalados contratos Nos. 15, 15A, 16 y 16A puedan llegarles a pertenecer a los "Comuneros de Cusiana". Luego nada, sobre este tópico, puede válidamente proveer el Consejo de Estado; bien sea en la sentencia de mérito o anticipadamente en providencia cautelar. No es que el suscrito considere que en el proceso Contencioso Administrativo no procedan medidas cautelares de embargo y secuestro. No. Mi planteamiento que no por elemental resulta infundado, es que éstas procederán cuando se amolden, en un todo, a lo prescrito por el Código de Procedimiento Civil, especialmente en su artículo 690, dado que el Código Contencioso Administrativo nada prevé al respecto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Salvamento de Voto del *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6976. Actor: La Nación - Ministerio de Minas y Energía. Demandada: Comuneros de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana. Auto de 24 de junio de 1994.

Con el comedimento que me nace para con mis compañeros de Sección, hube de salvar mi voto a la providencia de junio 24 de 1994, mediante la cual se revocó el auto de 25 de febrero del corriente año proferido en Sala Unitaria por el doctor Uribe Acosta, para decretar en su lugar "el embargo y secuestro de los pagos que por concepto de regalías debe efectuar Ecopetrol a los interesados de los contratos 15, 16, 15A y 16A celebrados con dicha Empresa...". Las razones por las cuales me vi precisado a disentir de la providencia citada al rubro, en síntesis, son las siguientes:

Primera: Mediante la ley 97 de 1993 se interpretó, con fuerza de autoridad, la ley 20 de 1969 y se **dictaron otras disposiciones.** En cuanto lo primero, mal o bien, pues, en este estado procesal no es del caso ocuparnos de dicho asunto, es competencia del Congreso de la República hacer ese tipo de interpretaciones a leyes preexistentes que hubieran resultado confusas, antagónicas o contradictorias. Pero tal facultad se circunscribe al contenido u objeto material de la ley por interpretar. Por el contrario, aspectos, temas o materias no tocados por la disposición legal objeto de interpretación, no pueden ser del resorte de la ley interpretativa.

Para el suscrito, los Artículos primero y segundo de la Ley 97 de 1993, por ahora, no ocupan su atención en punto tocante con su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Pero si le sorprende el contenido de los Artículos tercero y cuarto de la referida normativa legal cuando, con fuerza de imperio, prescribe el 3o. 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", como si el cuerpo Congresional que la expidió fuera el único que de manera exclusiva y excluyente pudiere hacerlo; como si sucesivos cuerpos Congresales hubieren perdido dicha atribución constitucional de interpretar leyes precedentes cuando estas fueren oscuras, confusas, contradictorias o sus disposiciones antagónicas. Semejante pretensión no es propia de regímenes democráticos.

Pero, en cuanto respecta al Artículo Cuarto de la precitada Ley 97 cuyo contenido es el siguiente: **"MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS JUDICIALES.** Cuando por la vía judicial se pretenda que la propiedad de minas atinentes a minerales metálicos y a yacimientos de hidrocarburos corresponde al estado y no a los particulares, procederá embargo y secuestro preventivo de los pagos que la Nación o sus entidades descentralizadas efectúen en virtud de actos o contratos derivados de los títulos cuyo mérito se discute.

"El juez decretará estas medidas cautelares en el auto admisorio de la demanda, o en cualquier momento procesal posterior, a solicitud de la parte interesada. Su adopción y vigencia no requieren caución.

"La entidad pública responsable de efectuar los pagos o encargada por ley de la exploración y explotación del recurso natural no renovable de propiedad de la Nación, actuará como secuestre y deberá invertir los recursos en títulos inscritos en mercados de valores mientras se decide el proceso".

Su inconstitucionalidad es ostensible y por consiguiente, se impone su inaplicabilidad, porque àsí lo manda la norma de normas o carta política en su Artículo Cuarto. En efecto la ley 20 de 1969 para nada se ocupa del tema de medidas cautelares, por lo que el Legislador de 1993 mal podría, so pretexto de interpretarla, introducirle semejante agregado. Más grave aún el abuso que se pone de presente si se tiene en cuenta que el artículo 5o. de la llamada ley interpretativa establece su vigencia a partir

de la promulgación, queriendo dar a entender que bien podrían surtirse medidas cautelares dentro de litigios en curso al momento de la dicha promulgación, cuando bien sabido es que las leyes solamente regirán hechos, conductas y comportamientos futuros. Es decir, que la ley 97 debió precisar que se aplicaría a casos por venir.

Esta extraña forma de legislar para "regular" casos concretos que están sometidos a consideración de la justicia, no puede ser acogida por los jueces, pues, por contera se estará facilitando esta vedada práctica de estados que quieren concentrar en un solo órgano las diversas funciones legislativa, ejecutiva y judicial. Además, con éste curioso modo de legislar, con lo cual se le da efecto retroactivo a la nueva ley, se rompe también la estabilidad y la seguridad de situaciones jurídicas que merecen respeto por su intangibilidad.

Por este primer aspecto, vale decir, por cuanto el artículo cuarto de la ley 97 de 1993 es a todas luces inconstitucional, la providencia materia de mi salvamento de voto, debió inaplicarlo para confirmar el auto suplicado que a su vez negó la medida cautelar deprecada.

Segunda: Visto el *petitum* demandatorio, aun con la reforma o adición que se introdujo por el Ministerio de Minas y Energía, en su oportunidad, claramente se evidencia que los bienes materia u objeto de debate en este proceso, nada tienen que ver con regalías o pagos de beneficios o frutos a los comuneros. En efecto, aquí se discute, como bien lo puso de presente el señor consejero ponente, en el auto de 25 de febrero de 1994, la nulidad de la Resolución No. 113 de 29 de marzo de 1971 dictada por el señor Presidente de la República, como también la nulidad de las escrituras públicas otorgadas por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, como consecuencia de aquella resolución Nos. 5565, 5576, 5577, 5578, 5579, 5590 y 6227 de 1971 de la Notaría Séptima de Bogotá. En virtud de la adición o reforma de la demanda se pretende **"La cancelación del registro** de tales escrituras, librándose el oficio correspondiente a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados (sic) de Orocué (Casanare), y a las demás que correspondan".

Para el hipotético caso de que aquí resultaren prósperas todas las pretensiones antes glosadas, por parte alguna el juzgador podrá enfrentar aspectos relacionados con regalías, beneficios o frutos que Los Comuneros derivan de un negocio jurídico totalmente distinto y ajeno a los aspectos deprecados. Entonces, de dónde acá, la Sala de Decisión se arrogó la competencia para proveer sobre temas o aspectos ajenos, por completo a la litis? Lo más que podrá el Juez, en últimas, (y continúo bajo hipótesis), será declarar la nulidad de la Resolución No. 113; declarar la nulidad de las escrituras públicas otorgadas en cumplimiento de dicho acto administrativo; y, finalmente, dispondrá la cancelación del registro de tales escrituras librando los oficios correspondientes a las Oficinas de Instrumentos Públicos respectivas. Nada más, pero tampoco nada menos, podrá resolverse en la sentencia; pues al ir más allá o por fuera de lo que la parte actora ha puesto en consideración de la justicia, atentaría contra el principio de la congruencia, por los vicios de *ultra* o *extra petita* (art. 305 C.P.C.).

Así las cosas, al momento de resolver sobre la viabilidad o no de una medida cautelar, el Juez deberá poner en presente lo que en un futuro va a resolver. No se olvide que la medida de aseguramiento tiene su justificación para salvar los perjuicios por la tardanza en el dictado de la sentencia, y así evitar el peligro o riesgo que ésta envuelva. Entonces, lo que se ha hecho con el auto objeto de mi inconformidad, es dejar de lado el referido principio.

Tercera: Si como lo refiere el auto que motivó mi salvamento de voto, en casos como el que ocupó la Sala, se impone al Juzgador resolver sobre las llamadas **prestaciones mutuas,** aún de oficio, también es cierto que lo único que podría hacer el referido juzgador, si hubiera lugar a la prosperidad de todo lo deprecado, sería ordenar la restitución de las cuotas partes del dominio, transferido como consecuencia de la resolución ejecutiva No. 113 del 29 de mayo de 1971 dictada por el señor Presidente de la República.

El tema referido a los dineros que viene pagando Ecopetrol a los llamados Comuneros de Cusiana, en virtud de los derechos a ellos reconocidos, tienen su origen en los contratos Nos. 15, 15A, 16 y 16A. Dichos contratos analizados en su contenido no generan sino clarísimos derechos de carácter PERSONAL, cuya legalidad o ilegalidad no podrán juzgarse sino dentro del proceso de nulidad de tales contratos que actualmente, acertada o equivocadamente, se tramita ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá. Entonces, resulta elemental que sea allí donde se busque la medida de aseguramiento que equivocadamente ha radicado el actor ante el Consejo de Estado. Se dirá que soy reiterativo, pero la circunstancia lo amerita. Aquí, ante el Contencioso Administrativo, no se debate nada, absolutamente nada, así sea directa o indirectamente, mediata o inmediatamente, que tenga relación con las participaciones, regalías o dividendos que en virtud de los señalados contratos Nos. 15, 15A, 16 y 16A puedan llegarles a pertenecer a los "Comuneros de Cusiana". Luego nada, sobre este tópico, puede válidamente proveer el Consejo de Estado; bien sea en la sentencia de mérito o anticipadamente en providencia cautelar.

Por otra parte, no alcanzo a comprender cómo el Estado a través del Ministerio de Minas y Energía pretenda y obtenga el decreto de la misma medida cautelar ante la justicia ordinaria, representada por el Juez Trece Civil del Circuito de Bogotá, autoridad ante quien se debate la nulidad absoluta de los contratos tantas veces citados 15, 15A, 16 y 16A, y, a su vez, proponga lo mismo ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera del Consejo de Estado), en donde nada se debate alrededor de tales contratos, por razones bien conocidas que determinan la jurisdicción y la competencia. No será esto un típico caso de abuso en el derecho de litigar?

No es que el suscrito considere que en el proceso Contencioso Administrativo no procedan medidas cautelares de embargo y secuestro. No. Mi planteamiento que no por elemental resulta infundado, es que éstas procederán cuando se amolden, en un todo, a lo prescrito por el Código de Procedimiento Civil, especialmente en su artículo 690, dado que el Código Contencioso Administrativo nada prevé al respecto.

En síntesis, para el caso concreto, sostuve y sigo sosteniendo que el artículo cuarto de la ley 97 de 1993 es abiertamente inconstitucional y por lo mismo se imponía su inaplicabilidad. Que con base en dicho artículo no puede Juez alguno fundar el decreto de medidas cautelares. Que la medida cautelar deprecada por el Ministerio de Minas y Energía debió formularse, como de hecho así lo hizo, de manera exclusiva, ante el Juez de la nulidad de los contratos Nos. 15, 15A, 16 y 16A, negocios que constituyen la fuente directa e inmediata de los derechos que se pretenden cautelar. Y, que, finalmente, para que procedan las cautelas en el proceso Contencioso Administrativo, es indispensable que se den todos los supuestos fácticos previstos en el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos ante esta jurisdicción.

Cordialmente,

Daniel Suárez Hernández.

Fecha ut supra.

ADJUDICACION DE BALDIOS–Requisitos/OCUPACION/EXPLOTACION ECONOMICA/ACTO DE ADJUDICACION DE BALDIOS/FALSA MOTIVACION

Como la breve motivación de la resolución demandada, es parte del supuesto de que en el proceso administrativo de adjudicación se cumplió con los trámites legales y ello no resulta ajustado a la realidad, como ya se concluyó, en relación con la prueba de la ocupación previa y la explotación económica de las dos terceras partes del predio, por parte de quien solicitó la adjudicación, deviene en consecuencia que la motivación es falsa y por ende debe anularse la resolución demandada.

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

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 8944. Actor: Iván José Rodríguez y O. Demandada: Incora – José Benito Cerra Torres.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 30 de abril de 1993, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Lo que se demanda.

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Magdalena el 6 de diciembre de 1990, los señores Iván José Rodriguez Aguilar y Polearco Rodríguez

Arrieta, este último también en representación de los menores: María Ofelia, Oscar Javier, Marco Antonio, Angela María y Jorge Hugo Rodríguez Aguilar, a través de apoderado judicial común formularon demanda en contra del INCORA y del señor José Benito Cerra Torres, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

"Que es nula la Resolución Número 0589 de 10 de mayo de 1990, registrada en Santa Marta el 16 de mayo de 1990, con el número 080-00336832 por medio de la cual la Dirección Regional del Proyecto Magdalena del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– adjudicó a JOSE BENITO CERRA TORRES un lote de terreno denominado "AERO MAR" ubicado en el Corregimiento de Gaira, Municipio de Santa Marta, Departamento del Magdalena, comprendido dentro de los siguientes linderos según la Resolución de adjudicación: PUNTO DE PARTIDA: Tomando como punto de partida el No. 3, situado al NOROESTE, donde concurren las colindancias de LA LINEA DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, ZOILA DE LA HOZ y EL PETICIONARIO, colinda así: NORTE, con Zoila de la Hoz en 380 metros del punto 3 al 2; ESTE, con la Carretera Troncal del Caribe en 825 metros del punto No. 2 al 1; SUR, con PRODUCTOS de COLOMBIA "PRODECO", en 520 metros del No. 1 al No. 5; OESTE, con línea de los Ferrocarriles Nacionales, en 445 metros del punto No. 5 al No. 3 y encierra.

"Que como consecuencia de la declaración anterior se cancele el registro de la Resolución cuya nulidad demando inscrita en la Registraduría de Instrumentos Públicos y Privados de Santa Marta el 16 de mayo de 1990 con Matrícula Inmobiliaria 080-00368332.

"Que se oficie al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Santa Marta par que inscriba la presente demanda, que como ya se dijo, se registró con la Matrícula Inmobiliaria Número 080-0036832, todo según el art. 26 del Decreto 1250 de 1970".

El apoderado de los demandantes mencionados, dice actuar también a nombre de: Inversiones Roma Ltda. Juan Guillermo Sánchez Jaramillo, Guillermo Gómez Melgarejo y de la comunidad formada entre las personas naturales relacionadas como demandantes y la sociedad Inversiones Roma Ltda.

2o. Los hechos.

Para fundamentar las súplicas de la demanda, se expusieron los hechos que pueden ser resumidos así:

1o.– Los demandantes Iván José, María Ofelia, Oscar Javier, Marco Antonio, Angela María y Jorge Hugo Rodríguez Aguilar, son dueños en común y proindiviso con la sociedad Inversiones Roma Ltda. del predio "SE VERA" que hace parte del predio

denominado "CERRO BLANCO" ubicado en Santa Marta, en el corregimiento de Gaira, inmueble que adquirieron mediante las escrituras públicas Nos. 465 del 30 de marzo de 1978, de la Notaría Tercera de Barranquilla y 1669 del 26 de junio de 1987, de la Notaría Unica de Soledad.

2o.- Por medio de la resolución No. 0589 del 10 de mayo de 1990, el INCORA Seccional Magdalena, adjudicó al señor Benito Cerra Torres, el predio "AEROMAR" que es el mismo "SE VERA". Esa resolución fue registrada el 16 de mayo de 1990, en el folio de matrícula inmobiliaria 080-0036832.

3o.- El adjudicatario pidió la adjudicación alegando un tiempo de explotación económica del inmueble de 20 años y que es agrícola 100%, afirmación que no corresponde a la realidad por cuanto sobre el mismo predio se formuló por el señor Luis Rafael Villar, demanda de prescripción adquisitiva del dominio, la que fue presentada ante el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Santa Marta.

4o.- Los demandantes nunca han dejado de poseer el bien como lo indica la ley y ni Luis Rafael Villar ni José Benito Cerra han poseído ni explotado económicamente el predio Se Verá, que maliciosamente lo denominaron para efectos de la adjudicación "AEROMAR".

5o.- Mediante la resolución 1221 del 6 de septiembre de 1990, la gobernación del Magdalena confirmó la decisión del 3 de julio de 1990, de la Alcaldía de Santa Marta, por medio de la cual se decidió la querella policiva presentada por José Benito Cerra Torres contra los aquí demandantes, a través del señor Carlos Lacouture Dandong. En tal ocasión se dejó al señor Lacouture H., en posesión del predio "SE VERA".

El 50% del predio "SE VERA" estuvo embargado por el I.C.T., desde el 16 de marzo de 1973 hasta el 18 de julio de 1983.

3o. Normas violadas.

Como tales, fueron señaladas las siguientes:

Ley 135/61: Artículo 29, parágrafo 1o. artículo 38.

Ley 200/36: Artículos 1o. y 3.

Ley 97/46: Artículo 1o. ordinal e.

C.N.: Artículo 30.

Los vicios que se endilgan al acto enjuiciado, son los siguientes:

- FALSA MOTIVACION: Porque en la motivación se dijo que se trataba de un terreno baldío, apreciación que no se demostro a lo largo del expediente de adjudicación.

– Violación de la ley 135/61, art. 29 parágrafo 1o. y 38. Por cuanto en el expediente de adjudicación no aparece prueba de que José Benito Cerra Torres, tuviera bajo explotación económica, las dos terceras partes, al menos, de la superficie cuya adjudicación solicitó y obtuvo.

– Violación del art. 762 del C.C., porque la posesión de José Benito Cerra no fue ejercida a la luz de las gentes, ni fue continua, sino que fue viciosa. Además, nunca ha sembrado en ese predio ni siquiera un grano de maíz y en la resolución se dice que estaba cultivado en un 100%, lo que no es cierto.

– Violación de la ley 97/46, art. 10, ordinal e); dado que la adjudicación sólo se puede solicitar sobre la base de que el peticionario lo explota económicamente, en forma exclusiva. En este caso ese presupuesto no se da, porque Luis Rafael Villar había solicitado ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito, la prescripción del predio "SE VERA".

– Violación de la ley 200/36, art. 3o.; por cuanto el INCORA obró sin tener en cuenta la escritura No. 28 del 11 de febrero de 1904, de la Notaría Unica de Santa Marta, que ampara el dominio del predio "CERRO BLANCO" ubicado en Gaira; en cambio, le dio valor a testimonios.

5o. La actuación procesal.

La demana fue admitida en auto del 13 de febrero de 1991. Ese auto se notificó al INCORA el 19 de marzo de 1991, y al curador *ad litem* de José Benito Cerra Torres, quien debió ser emplazado, conforme consta en la diligencia visible a folio 114.

El INCORA, por medio de apoderado judicial respondió a través del escrito que reposa a folios 57 a 59 del expediente. Allí dijo que no le constaban la mayoría de los hechos y expuso en su defensa que el trámite administrativo se cumplió con observancia de la ley y sin oposición alguna.

También propuso una excepción que denominó imposibilidad de la acción impetrada, la que fundamentó con el argumento de que el camino escogido por la parte actora, es errado, porque el actor demandó en acción de simple nulidad y los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el INCORA, sólo son susceptibles de ser demandados en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según lo consagra el inciso 3o. del art. 136 del C.C.A.

También acusó a la demanda de ineptitud porque los hechos no se clasificaron conforme a lo dispuesto por el art. 75 del C.P.C., num. 6.

En el trámite de la primera instancia, se intentaron dos intervenciones. La primera, por parte del señor Samuel Bacca Ospino, intervención que fue rechazada en auto del 14 de noviembre de 1991, porque en su solicitud no señaló los fundamentos de derecho.

La otra intervención fue presentada por: Horacio Mario Oliveros, Armando Rafael Saumet Díaz, Carmen Elisa Mora de Delgado, Luz Zenit Becerra de Osorio, Tomás y Fabio Chávez Castañeda, Cristian Mattos Guzmán, Milton Cantillo Lora, Gloria Chávez de Gómez y Bienvenida Bofante Benedetti. Estas personas se presentaron al proceso alegando haber comprado al señor José Benito Cerra, lotes correspondientes al predio adjudicado. Aclararon que ellos como propietarios de esos lotes, sólo tienen como propósito construir casas o edificios. Esa intervención fue admitida en auto del 27 de enero de 1992.

En el término que el *a-quo* concedió para alegar, los intervinientes admitidos al proceso y el Ministerio Público, presentaron los escritos que reposan a folios 306 y ss y 317 y ss. del expediente. Las partes guardaron silencio.

Los intervinientes se opusieron a las súplicas de la demanda. Alegaron que no existían pruebas que permitieran declarar nula la resolución No. 0589, porque de la prueba pericial practicada en el proceso no se dio traslado a las partes y la ausencia de ese traslado genera invalidez de la prueba.

Al igual que lo hizo la parte demandada, también acusó la demanda de inepta frente al hecho de que la acción instaurada fue la de simple nulidad, cuando debió ser la de nulidad y restablecimiento del derecho.

El señor agente del Ministerio Público, por su parte, propuso la nulidad del proceso como consecuencia de no haberse dado la oportunidad de contradecir el dictamen pericial.

6o. La sentencia apelada.

El Tribunal negó las súplicas de la demanda. Para llegar a esa conclusión, en primer lugar precisó que la demanda sólo había sido presentada por Iván José Rodríguez Aguilar y Polearco Rodríguez Arrieta, este último, también a nombre de sus hijos menores y que ni Juan Guillermo Sáenz, ni Guillermo Gómez Melgarejo, ni la sociedad Inversiones Roma Ltda. habían otorgado poder para ser representadas dentro del proceso.

Luego se ocupó de la excepción de inepta demanda, la que desestimó por las siguientes razones:

a) Porque el art. 136 del C.C.A., consagra el término de caducidad para formular la acción reivindicatoria en estos casos, pero no niega la posibilidad de que estos actos puedan ser enjuiciados a través de la acción de simple nulidad; b) Por cuanto el art. 75 No. 6 del C. de P.C., no es aplicable al procedimiento Contencioso Administrativo, dado que el art. 137 del C.C.A. regula el punto en el numeral 3o. y la demanda cumple con ese requisito.

En lo tocante con el fondo del litigio, puntualizó que la impugnación contra la resolución enjuiciada, se fundamentaba en dos argumentos: 1) Que el terreno adjudicado no era baldío y 2) Que adolecía de falsa motivación.

Se refirió a las presunciones que permitían determinar si un terreno era baldío o no, y que consagran los artículos 1o. y 2o. de la ley 200 de 1936, así como al modo de desvirtuarlas de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 59 de 1938. Concluyó que los demandantes no desvirtuaron que el predio adjudicado fuera baldío, porque no aportaron un título originario del estado, o una cadena de títulos inscritos documentarios de tradición por lapso anterior a 20 años a la entrada en vigencia de la ley 200 de 1936, que permitieran desvirtuar tal presunción, puesto que las escrituras Nos. 465 y 1669, con las cuales se pretende acreditar la propiedad del predio, datan de 1978 y 1987, respectivamente.

No analizó si el predio adjudicado se encontraba explotado económicamente por cuanto lo consideró innecesario, frente al hecho de no haberse desvirtuado la calidad de baldío y no tuvo en cuenta el dictamen pericial rendido en la diligencia de inspección judicial al predio adjudicado, porque no se corrió traslado del mismo.

Frente a la falta de prueba de los ataques formulados en contra de la resolución enjuiciada negó las súplicas de la demanda.

7o. El recurso de apelación.

Inconforme la parte actora con esa decisión, apeló, para que la sentencia fuera revocada y en su lugar se accediera a las súplicas de la demanda. Para fundamentar su recurso se dedicó a defender la posibilidad de que el dictamen pericial que el *a-quo* tuvo en cuenta, fuera apreciado. Explicó que dentro de la misma diligencia el Tribunal había corrido traslado del dictamen y que esa prueba resultaba fundamental para la prosperidad de sus pretensiones, puesto que con esa prueba se demuestra que en el terreno adjudicado no ha existido nunca ninguna explotación económica de carácter agrícola o ganadera como se dice en la resolución, cuya nulidad se demanda.

8o. La actuación en esta instancia.

En el término que en esta instancia se concedió para alegar, la parte actora guardó silencio. El Ministerio Público y la parte demandada presentaron los escritos visibles a folios 359 y ss. del expediente.

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación estimó que debía declararse la nulidad de la resolución demandada porque los terrenos objeto de la adjudicación, eran terrenos urbanizados que por su cercanía al perímetro urbano y su ubicación cerca del mar, no han sido tierras dedicadas a la agricultura ni a la ganadería, lo que indica que el INCORA no podía hacer la adjudicación, pues esos

terrenos no son objetos de los programas de la Reforma Agraria, y el INCORA no tiene dentro de sus funciones la de realizar adjudicaciones para planes urbanísticos en zonas turísticas, como ocurre en el presente caso.

La demandada por su parte, pidió la confirmación del fallo de primera instancia. Defendió la Resolución demandada con el argumento de que en el trámite de la adjudicación se habían seguido todos los pasos previstos para el efecto, por el Decreto 2275 del 3 de noviembre de 1988. Insistió además, en que tal como lo concluyó el *a-quo,* los demandantes no habían desvirtuado la calidad de baldío del predio adjudicado, en la forma preceptuada por la ley 200 de 1936, dado que no se allegó la copia de la escritura pública No. 38 del 11 de febrero de 1904, la que según los demandantes constituye el título de propiedad del predio denominado "Cerro Blanco", con la cual se demostraría que no es un baldío.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar se procederá a anular el acto administrativo enjuiciado, como consecuencia de haberse demostrado dentro del proceso que adolece de falsa motivación, dado que no es cierto que en el trámite administrativo de adjudicación se hubiera acreditado la explotación económica del bien por parte del adjudicatario, conforme lo exige la ley 30 de 1988 y el Decreto 2275 del mismo año, vigente en la época en que se hizo la adjudicación.

Para un mejor manejo del asunto, se estudiará siguiendo este derrotero: 1.– La Resolución demandada; 2.– El concepto de violación, y 3.– La conclusión.

1.– La Resolución demandada.

El acto enjuiciado es la Resolución Número 0589 del 10 de mayo de 1990, proferido por el Gerente Regional Magdalena del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. La motivación de esa resolución, se limita al siguiente enunciado: "Que se ha dado el trámite legal correspondiente a la solicitud de adjudicación de terrenos baldíos presentada por JOSE BENITO CERRA TORRES y se han acreditado los requisitos y condiciones para la expedición del título de dominio...".

En el artículo primero de la parte resolutiva, se adjudicó definitivamente a JOSE BENITO CERRA TORRES, el terreno baldío denominado AEROMAR, ubicado en el corregimiento de Gaira, Municipio de Santa Marta, de una extensión aproximada de 38 hectáreas 125 metros cuadrados, delimitado por los siguientes linderos: "Tomando como punto de partida el 3, situado al NOROESTE, donde concurren las colindancias de la LINEA DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, ZOILA DE LA HOZ Y EL PETICIONARIO, colinda así: NORTE.– Con ZOILA DE LA HOZ, en 380 metros del punto 3 al 2. ESTE.– Con LA CARRETERA TRONCAL DEL CARIBE en 825 metros del punto No. 2 al No. 1. SUR.– Con PRODUCTOS DE COLOMBIA

"PRODECO", en 520 metros del punto No. 1 al No. 5. OESTE.– Con LINEA DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, en 445 metros del punto No. 5 al No. 3 y encierra" (fls. 23 y 24 del expediente).

2.– El concepto de violación.

Para tomar esa decisión, la demandada partió de dos supuestos, a saber: a) Que el terreno adjudicado era baldío; y b) Que en el trámite de la solicitud de adjudicación se acreditaron los requisitos y condiciones para la expedición del título de dominio.

Según la demanda, esa resolución adolece de falsa motivación, porque el predio adjudicado no es baldío y porque en el trámite administrativo de adjudicación, el adjudicatario no demostró que tuviera bajo explotación económica las dos terceras partes al menos, de la superficie cuya adjudicación solicitó y obtuvo.

Para la época en que se realizó la adjudicación (mayo de 1990), regía en esta materia la ley 30 de 1988 que en el artículo Décimo modificó el artículo veintinueve de la ley 135 de 1961. Esa norma dispuso:

> "ARTICULO 29. Modificado L.30/88. Artículo 10. A partir de la vigencia de la presente ley, no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos sino por ocupación previa y en favor de personas naturales o de cooperativas o empresas comunitarias campesinas y por extensiones no mayores de cuatrocientos cincuenta (450) hectáreas por persona o por socio de la empresa comunitaria o cooperativa campesina. No obstante, podrán hacerse adjudicaciones en favor de entidades de derecho público para la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, bajo la condición de que si dentro del término que el Instituto señalare no se diere cumplimiento al fin previsto, los predios adjudicados revierten al dominio de la Nación.
>
> "La persona que solicita la adjudicación de un baldío por ocupación previa, deberá demostrar que tiene bajo explotación económica las dos terceras partes de la superficie cuya adjudicación solicita, excluidas las zonas de vegetación protectora y bosques naturales, y además, que en su aprovechamiento cumple con las normas de protección de los recursos naturales. Para este efecto, las áreas dedicadas a la conservación de la vegetación protectora, lo mismo que las destinadas al uso forestal racional, situadas fuera de las zonas decretadas como reservas forestales o de bosques nacionales se tendrán como porción explotada para el cálculo de la superficie de explotación de que trata este inciso.
>
> "Los que hayan puesto bajo explotación agrícola o ganadera, con anterioridad a la presente ley, superficies que excedan a la aquí señalada, tendrán derecho a que se les adjudique el exceso, pero sin sobrepasar en total los límites que fija el inciso primero del artículo 2o. de la Ley 34 de 1936".

Como en este caso la adjudicación de baldíos se hizo en favor de un particular, esta sólo procedía por ocupación previa, caso en el cual quien solicite la adjudicación tiene la obligación de demostrar que el predio solicitado lo tiene bajo explotación económica, por lo menos en las dos terceras partes de la superficie.

A folios 89 y siguientes del expediente reposa el trámite administrativo adelantado por el INCORA para la adjudicación del predio "AEROMAR". En esas actuaciones debía estar la prueba de la explotación económica de las dos terceras partes del predio, por parte de la adjudicataria y esa prueba no obra allí. La única prueba que se practicó consiste en una inspección ocular llevada a cabo por funcionarios del INCORA, con la sola presencia del solicitante, sin que hubiere intervenido ningún colindante. En el acta que se levantó en tal ocasión se dejó constancia de que el área explotada era del 100%, pero no hay ninguna explicación que indique en qué consistía tal explotación; es más, adelante se especifica que en el terreno no hay cultivos, que el predio lo están loteando para futuras viviendas y para tal efecto están trazando calles y carreras.

También se indicó en esa acta que el tiempo de explotación del predio era de 20 años. ¿Cómo es posible que los funcionarios que intervinieron en la diligencia, Jorge E. Lozano Andrade y Carlos A. Vásquez, como Secretario *ad-hoc,* pudieran constatar en una diligencia de inspección ocular que el área explotada era del 100%, cuando no encontraron ningún cultivo? Se limitaron a dejar constancia de que el terreno estaba limpio con bulldozer en un 100%. El sólo hecho de pasar un bulldozer por un terreno, no prueba la explotación económica del mismo, con anterioridad a la solicitud de adjudicación.

De otro lado, ¿con respaldo en cuál prueba los funcionarios del INCORA dejaron constancia en el sentido de que la explotación del predio era de 20 años? ¿Cómo se puede dejar constancia en tal sentido cuando no se recibió ni un solo testimonio en el trámite administrativo, ni se aportó ningún otro medio de prueba del cual se pudiera inferir la conclusión que condujo a tener por reunidos los requisitos para acceder a la adjudicación solicitada?

Esas conclusiones que dejaron los funcionarios del INCORA en el acta sentada con ocasión de la inspección ocular practicada en el trámite administrativo, quedaron desvirtuadas con la inspección judicial que dentro de este proceso y con intervención de peritos se practicó, en la cual estos dictaminaron: "... El terreno se encuentra completamente compacto, lo cual nos indica de que por lo menos unos tres o cuatro años no han sido trabajados con maquinaria agrícola, bien sea tractor, si se observa que un tractor motoniveladora abrió unas calles pero no para actividad agrícola, más bien como para una especie de Urbanización. En estos momentos no y de años recientes no se observa que haya habido ninguna claase de explotación económica, agrícola o ganadera. Los cactus existentes datan de 20 años o más...". Acto seguido el magistrado conductor de la diligencia puso en conocimiento de los señores apoderados de las partes ese dictamen, para que si a bien lo tenían, pidieran en el acto las aclaraciones o adiciones

que a bien tuvieran. La parte demandada solicitó que se aclarara con qué criterios se sostenía que en el terreno no había habido explotación económica anterior. Los peritos explicaron que la vegetación existente en el terreno data de más de 20 años y esta consiste en Olivos, Trupillos Cactus, que para llegar a la altura y grosor que actualmente tienen por lo menos han pasado por esa edad. Aclararon igualmente que cuando las tierras han sido aradas dos o tres años después todavía muestran el vestigio de la maquinaria y en este caso el suelo se encontraba totalmente compacto.

Aunque la parte demandada pidió que no se tuviera en cuenta esa prueba porque en relación con ella no se ordenó el traslado que dispone el art. 238 del C. de P.C., tesis esta que fue acogida en la sentencia del *a-quo,* la Sala encuentra que sí es posible apreciar esa prueba por cuanto fue practicada conjuntamente con la diligencia de inspección judicial, a la cual asistieron ambas partes, y en esa misma diligencia se les corrió traslado del dictamen. No se trata de una prueba secreta como lo pretende la parte demandada, por cuanto esa entidad estuvo debidamente representada en esa diligencia y allí mismo se les corrió traslado del dictamen, aunque no específicamente de la forma señalada por el artículo 238 del C. de P.C., pero esa omisión no invalida la prueba.

3o. La conclusión.

Ahora bien, como en la breve motivación de la resolución demandada, se parte del supuesto de que en el proceso administrativo de adjudicación se cumplió con los trámites legales y ello no resulta ajustado a la realidad, como ya se concluyó, en relación con la prueba de la ocupación previa y la explotación económica de las dos terceras partes del predio, por parte de quien solicitó la adjudicación; deviene en consecuencia que la motivación es falsa y por ende debe anularse la resolución demandada.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 30 de abril de 1993, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: Declárase la nulidad de la resolución No. 0589 del 10 de mayo de 1990, proferida por el Gerente Regional Magdalena del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Envíese copia de esta sentencia al INCORA y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta, a fin de que cancele la anotaciòn respectiva en el folio de matrícula inmobiliaria No. 080-0036832.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE. PUBLIQUESE EN ANALES.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintitrés (23) de junio 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.

FUERZA MAYOR–Características/**IRRESISTIBILIDAD/NEXO CAUSAL/ FUERZA MAYOR/ARMERO**

En el caso *sub-exámine* la administración no es responsable del DAÑO que se le imputa, pues el nexo causal quedó roto por una causa ajena al demandado, como lo es la fuerza mayor. Es bien sabido que cuando ésta lesiona directamente a una persona, ora porque un terremoto destruye su habitación, ora porque un huracán arranca los árboles y éstos dañan a las personas o a sus bienes, ora cuando una inundación, o la erupción de un volcán, como El Arenas, causan desastres colectivos, las víctimas se encuentran frente a hechos que no se le pueden atribuir a la Nación, ni a ninguno de los centros de imputación jurídica de la organización estatal, pues opera el principio general de derecho que enseña: "Nadie está obligado a lo imposible". Históricamente se ha aceptado y comprendido la necesidad de eliminar la responsabilidad de quien se encuentra impedido para actuar bajo el imperio de la fuerza mayor, que tiene como característica esencial la de LA IRRESISTIBILIDAD. En el caso *sub-exámine* el sentenciador encuentra debidamente demostrado que el perjuicio no se debe al hecho de la administración, pues la causa de la tragedia, aunque previsible, le fue irresistible.

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD–Causales/**FUERZA MAYOR/ SOLIDARIDAD**

Frente a LA FUERZA MAYOR QUE EXIME DE RESPONSABILIDAD y ante la ausencia de norma legal que ASEGURE LA INDEMNIZACION A LAS VICTIMAS DE LOS CATACLISMOS, el país tiene que educarse cada día más en la FILOSOFIA QUE INFORMA LA SOLIDARIDAD. El fundamento de la sociedad moderna no puede ser

el INSTINTO, NI LA CARIDAD, NI LA AMISTAD. Tampoco LA FRATERNIDAD, que tanto inspiró a los ideólogos de la Revolución Francesa.

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

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6639 - Apelación. Actor: María Teresa Panqueva y Otros. Demandado: La Nación - Ministerio de Minas y Energía.

– I –

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que DENEGO LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

"Mediante apoderado judicial MARIA TERESA PANQUEVA, BLANCA CECILIA, HENRY AUGUSTO, WILSON y JANETH PARRA PANQUEVA, la primera en calidad de esposa legítma y los demás como hijos matrimoniales legitimados del extinto PABLO ENRIQUE PARRA MORALES, quien falleciera el 13 de noviembre del año 1985 a consecuencia de la actividad volcánica del Nevado del Ruiz, presentaron demanda indemnizatoria contra la Nación, representada por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, para que esta Corporación por medio de este fallo profiera las siguientes DECLARACIONES:

"Que se declare a la parte demandada administrativamente responsable por la muerte de su esposo y padre PABLO ENRIQUE PARRA MORALES, víctima de la catástrofe del Nevado del Ruiz, en virtud de Omisión-Falla en el Servicio y como consecuencia se le condene al reconocimiento y pago de los perjuicios morales subjetivados, teniendo en cuenta el valor equivalente en moneda colombiana de un mil gramos oro, de acuerdo al precio que tuviere en el mercado al producirse el fallo y según certificación del Banco de la República y otras pretensiones.

"Como fundamento de las anteriores declaraciones presentan los siguientes **HECHOS:**

"Se afirma que PABLO ENRIQUE PARRA MORALES para el 13 de noviembre de 1985 cuando la erupción del Nevado del Ruiz vivía en Armero, desempeñándose como taquillero de la Empresa Rápido Tolima, quien cumplía con las obligaciones de esposo y padre a pesar de residir su familia en el Municipio de La Dorada-Caldas.

"El suceso conocido como el desastre del Nevado del Ruiz, acontecimiento notorio por erupción del volcán produjo inmediatamente deshielo que rebazó los cauces de los ríos que tienen origen en dicha zona, los cuales a su paso arrasaron viviendas, animales, carreteables y puentes y borrando del mapa al Municipio de Armero, Departamento del Tolima, con una población superior a 25.000 habitantes.

"Que hubo omisión-falla del servicio pues desde mediados del año de 1984, especialmente a partir del 23 de diciembre ya se presentaban signos de actividad volcánica del Nevado del Ruiz, que inequívocamente indicaban la inminencia de explosivos laterales en el parque de los Nevados que ocasionarían deshielos en grandes cantidades más que suficientes para causar una tragedia en proporciones incalculables y cuyas medidas preventivas no se tomaron con antelación para evitarla.

"Expresan que se desarrollaron seminarios en el año 1984 sobre vulcanismo tectónico y riesgo sísmico en las Universidades de Caldas y Autónoma de Manizales y en el mismo año se observaron signos de sismicidad y peligrosidad como columnas de gases.

"En el año 1985 por solicitud del señor Gobernador de Caldas a la Embajada de Suiza llegaron a la ciudad de Manizales el científico JHON TOMBLIN alto comisionado de las Naciones Unidas para la investigación y prevención de desastres "UNDRO"; el sismólogo suizo DIETER MEYER y el geólogo francés JEAN JACKES WAJNER, que le informaron al Ministro de Minas y Energía y al mismo solicitante la existencia de un riesgo elevado de erupción y que este continuaría mientras se sucedan los sismos locales y que nadie conoció. Que en el mismo año estudiantes e investigadores de la Universidad Nacional-Seccional Caldas y personal técnico de la CHEC efectuaron visita al volcán descendiendo a una profundidad de 100 metros de su cráter aproximadamente para concluir en una publicación acerca de que las implicaciones del riesgo volcánico y otros riesgos son de absoluta responsabilidad del Estado. Igualmente visitaron al volcán un grupo de geólogos del Instituto Agustín Codazzi.

"Que en el mismo año 1985 el Embajador Dr. Aurelio Caicedo Ayerbe de nuestra República ante la Unesco transmitió al canciller colombiano Dr. Gustavo

Ramírez Ocampo el ofrecimiento de ayuda técnica vulcanológica al Gobierno, no mereciendo la mínima atención. Así mismo los periódicos como La Patria de Manizales, El Tiempo y El Espectador informaron sobre el peligro vulcanológico del Nevado del Ruiz e Ingeominas presentó mapa de riesgos preliminar sobre el Nevado del Ruiz y mapa de riesgos potenciales de éste y el informe de actividades en octubre 8 y 10 del año en cita. Finalmente que una comisión italiana integrada por los profesores FRANCO MARBERI, MARINO MARTINI y MAURO ROSI en un informe concluyen que "una alerta que coincida con el inicio de erupción por falta en el sistema de vigilancia. En este caso hay que considerar además que los sistemas de comunicaciones pueden ser dañados desde los primeros momentos de la erupción".

"Por el año 1987 el señor Procurador General de la Nación, Doctor Carlos Mauro Hoyos Jiménez remitió a la comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes diligencias disciplinarias adelantadas contra el señor Ex-Ministro de Minas y Energía, Doctor Iván Duque Escobar por presunta responsabilidad en la conceptual de negligencia y omisión, con ocasión de la tragedia del Nevado del Ruiz, a fin de que dicha corporación procediera de acuerdo con su competencia.

"Que de acuerdo a los informes y conceptos que se conocieron y ya expuestos, nos encontramos frente a la típica e incuestionable "Omisión o Falla en el servicio" por parte del Estado pues no promovió concurso adecuado aprovechando la disponibilidad de recursos humanos de distinguidos científicos, profesores, estudiantes universitarios y distinguidos comunicadores sociales y ante los clamores generales no se tomó la medida precautelativa insinuada como era la evacuación para evitar la magnitud de la tragedia.

"La culpabilidad objetiva del Estado Colombiano en el caso *sub-lite* se debió a la no evacuación de las zonas de riesgo inminente, medida precautelativa sugerida por todos los estudios técnicos como bien se deduce del mapa preliminar de riesgos, su memoria y texto explicativo elaborado por Ingeominas con antelación a la ocurrencia del desastre. Trayendo a colación una doctrina expuesta de los hermanos MAZEAUD y la definición dada en el artículo 37 del Código Penal.

"El fenómeno no era inesperado, puesto que había sido materia de estudios suficientes y todas las evidencias indicaban probabilidad seria de acontecer por antecedentes históricos, pero que desafortunadamente el Estado no cumplió con su obligación de accionar adecuadamente evitando la magnitud de la tragedia.

"A consecuencia del desbordamiento del río Lagunilla originado en la descongelación glaciar del Nevado del Ruiz el día 13 de noviembre de 1985 en las horas de la noche y en el sitio ya indicado perece PABLO ENRIQUE PARRA MORALES, sin que hubiese tenido oportunidad de hacer algo por

salvarse de la muerte. Insuceso causante de perjuicios morales subjetivos a su esposa legítima y compañera permanente como a toda su familia que traumatizó tremendamente a sus deudos incuantificables de acuerdo a la Ley.

"Ante todo esto la relación de causalidad como *"Conditio sine qua non"* para efectos de las sanciones indemnizatorias es más elocuente, pues por causa de omisión o falla en el servicio, los desaparecidos y accionantes no contraron (sic) con la más mínima oportunidad para evadir la avalancha desbordada del río Lagunilla en su terrorífico recorrido de muerte y desolación".....

.....

"Reunidos todos los presupuestos procesales para un fallo de fondo y no advirtiendo causal de nulidad en este proceso, la Sala procede a desatar la controversia en esta Reparación Directa, mediante el siguiente **ANALISIS:**

"Es cierto que el artículo 16 de nuestra Carta Fundamental impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los debetes (sic) sociales del Estado y de los particulares, y que de él nace la responsabilidad administrativa de la Nación o de sus Entidades u organismos cuando el fallador encuentre satisfactoriamente probados en el proceso los tres elementos que la Jurisprudencia y la Doctrina han consagrado para la indemnización de esta clase de acciones como es la falta o falla del servicio de la Administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; un daño que implique la lesión o perturbación de un bien protegido por el Derecho, y una relación o nexo de causalidad entre el primero y el segundo, y además que existen las causales de exoneración o exculpación cuando se demuestra plenamente la fuerza mayor o caso fortuito, culpa grave de la víctima o la intervención del hecho de un tercero.

"No admite discusión el hecho notorio del desaparecimiento de Armero, Tolima, el día 13 de noviembre de 1985, a causa de la erupción del volcán Nevado del Ruiz, por ser evidente y públicamente divulgado, conocido por la mayoría de los Colombianos con uso de razón y por casi todos los países del planeta Tierra; como tampoco el fallecimiento del señor PABLO ENRIQUE PARRA MORALES ese día según se comprueba con el Registro Civil de Defunción, que aparece a folio 6 del cuaderno principal en fotocopia auténtica y el parentesco de los demandantes con éste demostrado con el Registro Civil de Matrimonio y Registros Civiles de Nacimiento, que aparecen a folios 7, 9, 10, 11 y 12 del mismo cuaderno, pero sí la responsabilidad de la Nación en el caso *sub-júdice* y que a continuación nos referimos:

"El hecho del 13 de noviembre de 1985, día del desaparecimiento de Armero y donde perdió la vida Pablo Enrique Parra Morales tuvo origen en la erupción del

Volcán Nevado del Ruiz primordialmente por la producción de lahares ante la formación de flujos de lodo volcánicos, que arrancaron y destruyeron todo lo que se encontraba a su paso hasta acabar con dicha ciudad y que comúnmente se le llamó avalancha; con las consecuencias conocidas como fue la pérdida de vidas, lesiones personales, pérdida de bienes y en general perjuicios tanto materiales como morales a diferentes personas naturales y jurídicas e indistintas relaciones, unas directamente y otras indirectamente y por distintos motivos; fenómeno que perfectamente se le puede calificar de natural ajeno a la actividad del hombre y de la Administración Pública ya sea Nacional, Departamental o Municipal, que por ser un acontecimiento extraordinario proveniente de causa exterior nadie podía preveer la hora y día del suceso ni mucho menos la intensidad de la erupción y sus consecuencias, convirtiéndose inicialmente en un hecho imprevisible. Igualmente imposible de resistir por la forma que se presentó el deshielo y la cantidad de metros cúbicos de lodo y materias volcánicas que corrieron y se mezclaron a través del mismo, que desafortunadamente, vinieron a cubrir el poblado Armerita sin respetar sexos, edades, razas y clases sociales, traduciéndose esto en un imposible de detener e irresistible para el Estado Colombiano aun empleando las técnicas más avanzadas en asuntos de prevención de desastres a nivel mundial.

"El material probatorio obrante en el proceso y en especial las declaraciones y conceptos de los expertos en fenómenos vulcánicos nos ha llevado a afirmar que el episodio del 13 de noviembre de 1985 a causa de la erupción del Volcán Nevado del Ruiz era natural, imprevisible e irresistible y para mejor comprensión del asunto se hacen las siguientes citas:

"El profesor Bruno Martinelli al rendir su declaración mediante exhorto en Zurich el 22 de enero de 1990 tramitado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, después de definir científicamente qué es un volcán activo e inactivo y la peligrosidad que representa esos estados, al preguntársele "Si de acuerdo con los avances de la ciencia vulcanológica, ¿puede predecirse con exactitud la fecha de la erupción volcánica?, contestó: "La pregunta incluye implícitamente la consideración de tres elementos: dos relacionados temporalmente y una probabilidad. 1.– En qué intervalo de tiempo debe producirse la erupción (¿una semana?, ¿un día?, ¿una hora?). 2.– Con cuánto tiempo de anticipación se debe predecir la erupción (¿un año?, ¿una semana?, ¿un día?). 3.– Qué nivel de certeza se requiere de la predicción (¿certeza absoluta?, ¿gran probabilidad?). Me permito, por lo tanto, especificar la pregunta en los términos siguientes: ¿Es posible predecir con varios días de anticipación y con suficiente certeza (al menos un 50% de probabilidad) la fecha de una erupción? La respuesta a esta pregunta es claramente no. Personalmente no conozco ningún caso, documentado científicamente, en que predicciones de este tipo hayan resultado con éxito. Sólo en circunstancias muy particulares, como en el caso del Dilauea (Hawaii, USA),

algunas erupciones fueron previstas con éxito en función de la observación del comportamiento sísmico, de la elevada y del conocimiento profundo del volcán". Así mismo al interrogársele si desde el punto de vista de los conocimientos científicos puede predecirse anticipadamente, con seguridad, el tipo, magnitud, intensidad, duración, alcance y los efectos que pueda ocasionar una erupción volcánica? Respondió: "... Con respecto a la violencia (magnitud, intensidad), duración, radio de acción e, implícitamente, respecto a los efectos de una erupción volcánica, pueden sólo formularse, a mi juicio, hipótesis basadas en informaciones de fuentes históricas y geológicas. Algunas de estas hipótesis pueden descartarse, en algunos casos, con el complemento de métodos geoquímicos y geofísicos. De lo dicho, la respuesta a la pregunta formulada es la siguiente: No es posible, en la actualidad, predecir con seguridad el tipo (carácter), la violencia (magnitud, intensidad), la duración y, por tanto, las consecuencias de una erupción volcánica, basando dicha predicción en señales cuantificables". (Declaración obrante del folio 75 al folio 85 del cuaderno Número 3 "Pruebas del demandado").

"John Tomblin, el 27 de marzo de 1990 al responder las preguntas del exhorto número 051 de 14 de julio de 1989, en su orden expresó:

"1. Un volcán inactivo es aquel que no presenta ningún terremoto local de tipo anormal, ni ninguna inflación de tierra y ninguna emisión de vapor, ceniza o lava. No existe peligro mientras el volcán permanezca inactivo, excepto el peligro que este pueda transmitir de repente al pasar de un estado inactivo a un estado activo en forma violenta, lo cual ocurre raramente. 2. Es raramente posible predecir exactamente la fecha de una erupción volcánica. Sin embargo, con un monitoreo en tiempo real integral (utilizando un sistema de radiocomunicación desde una red de detectores en el terreno), y con científicos experimentados disponibles para interpretar las lecturas, con frecuencia es posible entregar una alarma (o advertencias) de unas pocas horas y algunas veces hasta algunos días de que una mayor erupción es inminente. 3. No es posible predecir con exactitud el tipo, magnitud, intensidad, duración, alcance y efectos de una erupción volcánica. 4. Solamente ciertos tipos de erupción (en particular flujos piroclásticos), y con una magnitud por encima de determinado mínimo, son capaces de generar corrientes de lava (lodo) con las características similares a las del 13 de noviembre de 1985 en el Volcán Ruiz". (Testimonio que aparece del folio 90 al 100 del cuaderno citado en el párrafo anterior).

"En el manual sobre el manejo de Emergencias Vulcánicas, producido por la Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el socorro en caso de desastres (UNDRO) Ginebra y en colaboración con la organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO), publicación año 1987 y según el prólogo traducida la versión del texto original del inglés al español por el señor Eduardo Parra, del Instituto Nacional de

Investigaciones Geológico-Mineras "INGEOMINAS de Colombia" encontramos en la página primera que "Las erupciones volcánicas son entre los fenómenos naturales los más temidos y respetados... Las erupciones varían ampliamente en magnitud y variación, no solo de un volcán a otro sino también en el mismo volcán. La frecuencia de las erupciones también es variable, desde volcanes que están casi en continua erupción hasta aquellos que entran en actividad de intervalos de cientos a un miles de años". De otra parte en su página segunda que "No se puede abandonar o prevenir todo asentamiento en las áreas sujetas a amenazas volcánicas; lo importante es aprender a vivir con los riesgos de la manera más segura posible. Para ello, es esencial conocer la historia propia de cada volcán la frecuencia y carácter de sus erupciones y comprender los procesos que la preceden" (Este manual está en el cuaderno que venimos refiriendo).

"La Nación Colombiana a pesar de los esfuerzos que realizó para prevenir una tragedia y evitar consecuencias funestas o aminorarlas que se patentizó por las diferentes actividades que emprendieron las autoridades como investigaciones sobre signos de activación del Volcán Nevado del Ruiz efectuada por los científicos JOHN TOMBLIN, alto comisionado de las Naciones Unidas para la investigación o prevención de desastres "UNDRO", DIETER MEYER ROSA, sismólogo suizo y el geólogo profesor JEAN JACQUES WAGNER, que visitaron el 9 de marzo de 1985 el Nevado del Ruiz a solicitud de la Defenas Civil y del Instituto de Investigaciones Geológico Mineras "INGEOMINAS", dieron recomendaciones y concluyeron que existía un riesgo elevado de erupción y que continuaría mientras continúen los sismos locales y otros fenómenos (Conceptos en Español allegado del folio 59 a folio 63 del Cuaderno No. 2 "Pruebas parte demandante"); la del Dr. MINARD L. HALL, Director Técnico del Instituto Geofísico de la Escuela Politécnica Nacional de Quito-Ecuador, visitó el volcán Nevado del Ruiz y la ciudad de Manizales, durante los días 4, 5, 6 y 7 de mayo de 1985, con el fin de determinar el estado actual de la actividad volcánica de dicho volcán, así como de evaluar las medidas tomadas para vigilarlo y determinar un posible riesgo volcánico, quien después de consignar las observaciones aconsejó un programa de monitoreo consistente en la instalación y operación de por lo menos 4 sismógrafos, registro completo de todos los sismos sentidos por los habitantes de la parte superior del volcán, medición frecuente de temperaturas y evaluación inmediata de los mismos y la sugerencia que se aprobara el plan de los riesgos volcánicos; y, otras como las de carácter Nacional emprendidas por organismos del Estado encargados de los riesgos volcánicos como el Instituto de Investigaciones Geológico-Mineras "INGEOMINAS", cuyos informes acerca de las actividades encomendadas aparecen especialmente en la encuadernación número 3 "Pruebas del Demandado", estudios y recomendaciones que en su mayoría se tuvieron en cuenta como se desprende del informe de la Dirección de la Defensa Civil al señor General Ministro de Defensa en relación con el Volcán Nevado del Ruiz, que aparece en un cuaderno

de 80 hojas con sus respectivos anexos no paginados; de las afirmaciones expuestas por INGEOMINAS en sus folletos que dictó y como ya se dijo obran en el cuaderno número 3; folleto editado por la Defensa Civil Colombiana Seccional Tolima y otros cuadernillos que obran en la encuadernación que nos dicen todas las actividades que se efectuaron antes y el día 13 de noviembre de 1985, de todas maneras no se podía impedir la tragedia por la imposibilidad de calcular la fecha, extensión y magnitud de la misma. Era absolutamente imposible evitar lo acontecido y resistir los efectos dañosos como la muerte de Pablo Enrique Parra Morales.

"El Estado Colombiano no fue negligente en relación con la tragedia de Armero ocasionada por la erupción del Volcán Nevado del Ruiz porque según se colige del acervo probatorio obrante en el proceso ordenó las investigaciones que se hicieron por los comisionados de la Undro, Unesco, Ingeominas y otras entidades del Gobierno como la Defensa Civil Colombiana y estuvo atento a cumplir las recomendaciones y tomar las medidas preventivas y si no obtuvo resultado se debió a la fuerza mayor por ser el hecho causante de la misma externo, imprevisible en cuanto al carácter, oportunidad de presentación, intensidad y consecuencias, e irresistible por la manera como se presentó el deshielo y los miles de metros cúbicos de lodo y materias volcánicas que corrieron y que mezcladas con otras como agua de los ríos, quebradas, piedras y árboles y otras que se encontraban a su paso le era imposible detener y evitar que la avalancha llegara a Armero.

"Así mismo la Nación advirtió los riesgos al producir Ingeominas el Mapa respectivo y públicamente a través de visitas a las poblaciones cercanas al Nevado del Ruiz incluida Armero y a los habitantes riveranos de los ríos como el Lagunilla, Azufrado, Gualí y otros se les informó por conferencias, charlas, volantes y por los medios radiales y escritos los peligros que podía generar la erupción del Volcán del Ruiz y las medidas que se debían tomar, como la evacuación. Comprobación que aparece en el folleto "Informe de la Dirección de la Defensa Civil al señor General de Defensa en relación con el Volcán Nevado del Ruiz", cuadernillo Defensa Civil Colombiana-Seccional Tolima, y porque no decirlo con las declaraciones de los doctores William Varón Camelo, María Cristina López y Cecilia de Castro (folios 51, 52, 53, 59, 60, 61, 62 y 63 del Cuaderno número tres "Pruebas del demandado"), quienes por Tribunal comisionado deponen que como funcionarios de la Defensa Civil Colombiana conocieron el problema del Volcán Arenas del Nevado del Ruiz y las medidas que tomó especialmente el organismo donde laboran para evitar la tragedia del 13 de noviembre de 1985, siendo las citas más importantes las que a continuación se transcriben: El primero: "... Desde 1981 soy funcionario de la Defensa Civil Colombiana dirección general, soy Jefe de la Sección de Estadística... Con anterioridad a la erupción del Volcán del Ruiz y por intermedio de exposiciones del señor Director y de Geólogos de Ingeominas quienes dictaron conferencias

en el recinto de la Institución, se tuvo comportamiento, se aclara se tuvo conocimiento del comportamiento anómalo del Volcán. Desde de diciembre del año 1984 por informaciones del Director Seccional de la Defensa Civil para Caldas y por publicaciones de la prensa regional, se tuvo conocimiento del movimiento sísmico en el Volcán Nevado del Ruiz y la aparición de fumarolas... De la información al respecto del cual tuve conocimiento expertos extranjeros visitaron al país y estuvieron inspeccionando el volcán Nevado del Ruiz, así mismo Geólogos Nacionales de Ingeominas fueron destacados con anterioridad al 13 de noviembre al Volcán Nevado del Ruiz para adelantar estudios correspondientes. La institución o sea la Defensa Civil a finales de septiembre de 1985 ante la posibilidad de una amenaza para la población del Norte del Tolima y con base en las informaciones recibidas en las conferencias ya mencionadas, planeó y ejecutó una comisión de funcionarios que visitaron la región especialmente los cascos urbanos y los cauces de los ríos que tienen su origen en el Nevado del Ruiz. Esos funcionarios llevaban la misión de impartir medidas preventivas básicas a la población consignadas en un volante y así mismo de adelantar un censo de habitantes en las riberas de los ríos. Efectivamente, y en compañía de la señorita María Cristina López también funcionaria de la Institución visitamos las localidades de Armero, Ambalema y Lérida en donde se dictaron conferencias a la población que una vez convocada, asistió a los recintos, a las autoridades municipales y a miembros de las Juntas de la Defensa Civil de esa localidad... Inicialmente se recabó a la población ante la difusión de rumores infundados sobre el Volcán, se mencionaba de actividades anómalas del volcán que no correspondían al informe de los técnicos, que se estuvieran a informes oficiales sobre el comportamiento del mencionado volcán; así mismo se les mencionó que en caso de requerirse una evacuación la misma comunidad que conocía perfectamente el sector, debería identificar con anticipación aquellos lugares altos y seguros que ofrecían resguardo a sus vidas y que periódicamente realizaran ejercicios de evacuación, lo que les iba a permitir determinar el tiempo de viaje, reconocer las vías y acondicionarse a la situación. También se impartieron normas sobre el comportamiento ante la presencia de cenizas volcánicas y de disponer de elementos indispensables para su utilización, en caso de requerirse la evacuación y que les permitirá subsistir durante las primeras horas de una posible emergencia, mientras llegaban apoyos externos. Así mismo se mencionó que la actividad del Volcán Nevado del Ruiz, era una probabilidad de que pasara a efectos mayores, pues los técnicos habían definido como algo impredecible, pues volcanes como el Cotoparí en el Ecuador habían mostrado hasta esa época actividad fumarólica, sin pasar a consecuencias mayores. Concretamente para la localidad de Armero y para citar a la comunidad se recurrió a los altoparlantes de la Iglesia principal de la localidad y a emisoras locales y se escogió dictar las instrucciones una vez terminada la misa vespertina, lográndose una asistencia masiva que llenó el recinto de la Iglesia y el parque aledaño... Concretamente la Institución según el conocimiento que tengo no

adelantó ejercicios de evacuación, pero si se instruyó a las autoridades municipales y se le recabó su responsablidad que la comunidad les correspondía. Además la realización de estos ejercicios podría tornar la situación un poco más expectante, pues como se dijo anteriormente nadie podía definir con exactitud que el volcán Nevado del Ruiz presentara mayores manifestaciones". La segunda: "... Por ser funcionaria de la Defensa Civil Colombiana, teníamos conocimiento de una posible erupción del Nevado del Ruiz, mas sin embargo, no se sabía en qué fecha ni la magnitud de la misma... Puedo dar fe que personalmente hice parte de una comisión que estuvo en la localidad de Armero a finales del mes de septiembre de 1985, la finalidad de esa comisión fue el de dar a conocer a la comunidad los peligros que podrían correr en caso de una posible erupción del Volcán Nevado del Ruiz. Se tomó contacto con las autoridades de la localidad y en las horas de la noche, después de la misa diaria se reunió en la Catedral Principal en el parque adyacente a la población. En esta reunión se instruyó sobre la posibilidad de la erupción del Ruiz y las medidas de seguridad que debían de adoptar para salvar sus vidas. Entre estas medidas, recuerdo habérsele informado que por ser ellos los conocedores del lugar debían buscar los sitios altos y lejanos de las riberas del río, como lugar de refugio, deberían prever medicamentos de primeros auxilios y las drogas necesarias que por tratamientos estuvieran tomando cada uno de los pobladores. En caso de emisión de cenizas, deberían usar pañuelos húmedos sobre la nariz y estar pendiente de destapar las cañerías y quitar las cenizas de los tejados de las casas. Estas y otras medidas quedaron consignadas en hojas volantes, que se entregaron a cada uno de los pobladores de la población, después de la charla. Igualmente salió una comisión conformada por miembros de la Defensa Civil hacia las riberas de los ríos, con el fin de instruir a los pobladores sobre las medidas que debían tomar al notar cambios significativos en el cauce, olor y sabor de sus aguas. Al día siguiente se reunió nuevamente las autoridades del pueblo y se les dio pauta sobre la conformación del comité local de emergencia, el cual debería ser integrado por un representante de cada una de las autoridades de la población. Igualmente se les indicó cuáles serían sus funciones en ese comité para lograr salvar a la comunidad de la posible erupción del Volcán del Ruiz. Soy testigo que gracias a la información que la Defensa Civil dio en esa oportunidad y en otros momentos en que la Defensa Civil se hizo parte con varias comisiones, de la Defensa Civil del Departamento del Tolima, lograron salvar su vida muchos pobladores de Armero, ya que después de la erupción pasaron los damnificados por mi oficina y me decían que se acordaban que habíamos estado en septiembre en Ermero (sic) y que gracias a nuestras instrucciones, se habían salvado... La reunión en realidad fue una, después de la misa de las seis de la tarde. La fecha exacta no la preciso, pero fue entre el 27 y el 29 de septiembre de 1985 aproximadamente. La cantidad de asistentes excelente, extraordinaria, puesto que por la tarde se había perifoneado invitando a la población a este conferencia. La secretaria de la Defensa Civil de Armero, me hizo comentario en esa

oportunidad que parecía un domingo de ramos, por la cantidad de gente que había asistido". La tercera y última: "... Si lógico tuve conocimiento de los hechos ocurridos el 13 de noviembre de 1985. Al respecto con anterioridad la Institución donde estoy trabajando Defensa Civil Colombiana, realizó campañas de prevención que tendían a prevenir las situaciones de emergencia por el desastre, que según conceptos emitidos por científicos estudiosos de la materia vulcanólogos podrían o no presentarse. Es así que a finales de 1984 la Institución reestructuró las Juntas de Defensa Civil de la zona aledaña al Volcán, no solamente en el Tolima, sino en Caldas. En el año de 1985 me correspondió concurrir a diferentes reuniones con la plana mayor de la Defensa Civil, donde se trataron temas referentes a los aspectos de prevención y se determinó los programas y los planes que la Defensa Civil debía adelantar. En una etapa iniciativa los funcionarios de la Institución recibimos la información sobre el tema a través de científicos como el Dr. TOMBLIN, el padre Goberna, el Dr. Mosquera de Ingeominas. Con toda esta información dada a funcionarios que no solo trabajan en la parte administrativa, sino que colaboran con la parte operativa, se organizaron comisiones con el objeto de que viajaran a toda el área aledaña como Ambalema, Armero, Guayabal, Lérida, Mariquita. Estos funcionarios estaban encargados de dictar conferencias y de organizar entre los grupos de voluntarios también cuerpos de instructores para que ellos continuaran con las labores de prevención... Ocurrida la emergencia, como esta situación del desastre sobrepasó todos los límites esperados, la Institución con sus voluntarios con la previa organización que ya hemos señalado, coadyuvó a la búsqueda y rescate de las víctimas del desastre... Al respecto, digamos en un tratamiento directo con la comunidad, más o menos a mediados del mes de septiembre de 1985, se dictaron conferencias en los sitios ya nombrados, dando a conocer los peligros que el volcán podía presentar y qué medidas se podrían tomar. Estas conferencias se dictaron en las Iglesias, en los colegios, incluso el Dr. OMAR GOMEZ MEJIA antes de la erupción dictó un número superior a 200 conferencias. Es el Coordinador de la Defensa Civil en Caldas. En su contenido orientaba a la comunidad para que presentados los signos de posible erupción, las personas cumplieran ciertas disposiciones, por ejemplo: cuando el nivel de los ríos creciera, hubiera mayor afluencia de ceniza, olor a azufre, inclusive emisión de lodo, debían trasladarse a sitios más altos, previamente escogidos, inclusive se llegó a recomendar abandonar transitoriamente las áreas. En la parte rural funcionarios y voluntarios de Defensa Civil, hicieron estas visitas, familia por familia, instando al cabeza de familia para que siguiera estas medidas, y entregándole un volante, con las normas sobre precaución. En este caso en el área rural que yo recuerde, presentados los signos, la familia debía proceder a abandonar su vivienda, y alertar al siguiente con un cohete, taparse la nariz con el famoso pañuelo húmedo, y llevar consigo lo mínimo de elementos... Es importante agregar que el día de la emergencia la Junta de Defensa Civil de Armero, estaba trabajando cuando se dieron los signos de desastre, sus

integrantes salieron a golpear en las puertas para alertar a la mayoria de personas que ellos pudieran. Esta información la recibimos de Margarita la secretaria de la Delegación que murió prestando sus servicios a la comunidad, informando lo que estaba ocurriendo". Estos testimonios merecen toda credibilidad por ser conocedores de los sucesos previos a la tragedia e informados de las actividades que realizó la Nación especialmente por la Defensa Civil Colombiana para prevenir la tragedia y uniformes en sus narraciones. Agregándose que la Doctora Cecilia de Castro se notició de la evacuación que éste organismo solicitaba el 13 de noviembre en Armero a través de los miembros de la Junta Civil de la recordada población".

"A la Nación no se le puede acusar la falla del servicio pretendida por la parte demandante porque usó los medios a su alcance y vigentes al 13 de noviembre de 1985 para evitar la tragedia y si se causaron daños por la muerte de Pablo Enrique Parra Morales no puede responder, en razón a que se ha probado la causal eximente de la Fuerza Mayor.

"El hecho de que el Ex-Gobernador Eduardo Alzate García haya sido vinculado a un proceso disciplinario y solicitada su Destitución el nominador de la Procuraduría General de la Nación y cuya decisión obra del folio 5 al folio 46 del cuaderno número dos "Pruebas del demandante" no implica responsabilidad del Estado, pues en primer lugar esta clase de actuaciones no obligan como prueba para estos procesos y en segundo lugar las pruebas que se allegaron y se recaudaron en este contencioso nos han demostrado plenamente que no ha existido falla de la administración en los hechos en que perdió la vida el esposo y padre de los demandantes.

"Como la Nación ha probado certeramente que por Fuerza Mayor era absolutamente imposible evitar la tragedia de Armero y la pérdida de la vida del extinto Parra Morales, conlleva a la Corporación a exonerarla de la responsabilidad administrativa objeto de la demanda, relevándola de hacer más consideraciones y resolver el resto de los medios exceptivos propuestos por la demandada, en razón a que todo lo que se ha dicho es suficiente para que se nieguen las pretensiones de los accionantes y sean condenados en costas del proceso" (fls. 163 - 186 Cdno. No. 1).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 190 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en el cual el apoderado de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"Muy diferente a lo que se deduce del contenido de la parte motiva del fallo recurrido, un detenido y ponderado análisis Científico-Jurídico de todo el acervo probatorio oportunamente arrimado al plenario incuestionablemente nos indica que: Todos los hechos del libelo incoatorio aparecen demostrados elocuentemente, y, además, con todo, la accionada (LA NACION COLOMBIANA) no logra desvirtuar su responsabilidad objetiva en la OMISION O FALLA DEL SERVICIO por causa de la que muere trágicamente Pablo Enrique Parra Morales y se ocasionan perjuicios morales subjetivos a mis representados.

"I-1: YERRO DE ENFOQUE Y DE APRECIACION PROBATORIA:

"Luego de admitir como probados plenamente los hechos cardinales en que se fundamentó la acción, el fallador de Instancia incurre en yerros ostensibles con relación a la característica de la acción incoada y apreciación probatoria así:

"A) YERRO DE ENFOQUE JURIDICO.

"Con relación a este aspecto el H. Tribunal se expresa así:

> "...; fenómeno que perfectamente se le puede calificar de natural ajeno a la actividad del hombre y de la Administración Pública, ya sea Nacional, Departamental o Municipal, que por ser un acontecimiento extraordinario proveniente de causa exterior nadie podía prever la hora y el día del suceso ni mucho menos la intensidad de la erupción y sus consecuencias, convirtiéndose inicialmente en un hecho imprevisible. Igualmente imposible de resistir por la forma que se presentó el deshielo y la cantidad de metros cúbicos de lodo y materias volcánicas que corrieron y se mezclaron a través del mismo, que desafortunadamente vinieron a cubrir el poblado Armerita sin respetar sexos, edades, razas y clases sociales, traduciéndose esto en un imposible de detener e irresistible para el Estado Colombiano aun empleando las técnicas más avanzadas en asuntos de prevención de desastres a nivel mundial".

"En manera alguna como lo pretende sostener el fallador de instancia, la naturaleza intrínseca o extrínseca el fenómeno eruptivo vulcanológico observado por el NEVADO DEL RUIZ el día 13 de noviembre de 1985, puede relevar a la Nación Colombiana del cabal cumplimiento de sus obligaciones con respecto a la vida, especialmente, de todas las personas residentes en nuestro país, conforme lo dispone el Art. 16 de la Constitución Nacional.

"Siendo como es la Vida, un derecho Natural básico, de protección absoluta en todo ordenamiento Constitucional que comienza desde antes del nacimiento según los términos del Art. 91 de nuestro Código Civil; no puede ser tan escandalosamente conculcado, cuando como en el presente caso, desatendiendo

sugerencias consignadas en suficientes Estudios Científicos, el Estado Colombiano por conducto de las autoridades competentes no dispone la EVACUACION en las zonas especificadas como de alto riesgo, aminorando así los efectos catastróficos de la avalancha del parque de los nevados conocida notoriamente como "la tragedia del Nevado del Ruiz".

"El acontecimiento que enlutó al mundo entero, no por falta de diagnóstico matemático exacto sobre el día y la hora cuando se sucedería, dejó de ser humanamente previsible en cuanto a circunstancia de tiempo bastante aproximado, modo y lugar, y, especialmente, en lo relacionado con la magnitud del riesgo en que se encontraban los habitantes de sectores especificados en los estudios realizados por personal calificado y arrimados oportunamente al plenario.

"Se equivoca el fallador de Instancia, cuando como lo he venido planteando en este acápite, confunde la naturaleza del fenómeno vulcanológico sucedido con sus consecuencias circunstanciales previstas con suficiente antelación, y ante las cuales el Estado Colombiano estaba en la obligación ineludible de cumplir con su deber constitucional.

"Si como se afirma, por razón de origen, las circunstancias de formación de flujos de lodo volcánico que arrastraron y destruyeron la ciudad de Armero, se las puede calificar de ajenas a la actividad del hombre y de la Administración Pública; entonces con qué objetivo el mismo Estado por conducto de entidades y científicos autorizados, aunque tardíamente, patrocinó y elaboró estudios relacionados con la inminencia de la catástrofe? Cómo explicar entonces el hecho insular y folclórico invocado por el representante Judicial de la accionada, en el sentido de que utilizando el sistema "puerta a puerta", algunos miembros de la Defensa Civil hubiesen dispuesto la evacuación a moradores Armeritas, labor esta que realizaban cuando la avalancha los sorprendió? Si los que así actuaron, entonces de cuál Entidad Gubernamental o Funcionario competente recibieron a su vez la orden de rigor para tal proceder? Si el "Estado Colombiano aun empleando las técnicas más avanzadas en asuntos de prevención de desastres a nivel mundial", como lo sostiene el fallador de Instancia, no pudo detener la avalancha, como era apenas lógico, entonces cuál la razón para que no obstante disponer de adecuados medios no hubiese prevenido el desastre mismo?

"Es claro que con la presente acción no se acusa al Estado Colombiano por no haber impedido el fenómeno eruptivo del Nevado del Ruiz, en cuanto sí se le endilga una responsabilidad objetiva que no pudo desvirtuar.

"No se diga pues que la Nación Colombiana en el presente caso está asistida de la circunstancia exculpativa por razón del comportamiento vulcanológico del Nevado del Ruiz; tal acerto nos estaría precipitando al tortuoso sendero sin

retorno posible, donde ante la inminencia de un fenómeno natural como el que nos ocupa la sociedad esté condenada a una Pena de Muerte que no está consignada en el Estatuto Constitucional ni en las Leyes de la República.

"B) LA APRECIACION PROBATORIA:

"Sobre el particular expresa el fallador de Instancia:

> "El material probatorio obrante en el proceso y en especial las declaraciones y conceptos de los expertos en fenómenos vulcanológicos nos ha llevado a afirmar que el episodio del 13 de noviembre de 1985 a causa de la erupción del Volcán Nevado del Ruiz era natural, imprevisible e irresistible y para mejor comprensión del asunto se hacen las siguientes citas...".

"A renglón seguido se refiere a las declaraciones rendidas por los Científicos BRUNO MARTINELLI y JOHN TOMBLIN en respuesta a cuestionario propuesto por el representante Judicial de la Nación Colombiana y que aparece en la hoja 13 de la contestación demandatoria con el siguiente tenor:

> "–Que puede entenderse, desde el punto de vista de la ciencia vulcanológica, por un volcán inactivo, y cuando puede considerarse que éste ofrece peligro".
>
> "– Si de acuerdo a los avances de la ciencia vulcanológica, puede predecirse con exactitud la fecha de una erupción volcánica".
>
> "– Si desde el punto de vista de los conocimientos científicos puede predecirse anticipadamente, con seguridad, el tipo, magnitud, intensidad, duración, alcance y los efectos que pueda ocasionar una erupción volcánica".
>
> "– Si necesariamente de una erupción ocurrida en el volcán Nevado del Ruiz, cualquiera que sea su magnitud, se siguen flujos de lodo de características similares a los que se desprendieron la noche del 13 de noviembre de 1985".

"Vistos los términos del cuestionario, es fácil concluir que de las respuestas dadas por los científicos en mención no puede desprenderse aporte probatorio de significación, como lo pretende dar a entender el fallador de instancia, pues veamos:

"Las tres primeras hacen alusión a un Volcán inactivo, cuando la pregunta debió ser concreta, esto es, en el sentido de un Volcán activo que como el del Nevado

del Ruiz había incrementado su actividad "fumarológica", como síntoma externo, a partir de diciembre de 1984.

"En cuanto a la cuarta, es completamente ilógica, ya que si de todas maneras se habían sucedido los flujos de lodo, la respuesta no podía arrojar luz probatoria diferente.

"Con todo, los científicos deponen así:

"BRUNO MARTINELLI:

> "... Sólo en circunstancias muy particulares, como en el caso del Dilauea (Hawaii, USA), algunas erupciones fueron previstas con éxito en función de la observación del comportamiento sísmico, de la elevada y del conocimiento profundo del volcán", dando respuesta a la segunda pregunta, la que a su vez el deponente había subdividido.

"No aparece respuesta a la cuarta pregunta.

"Aquí es bueno resaltar el hecho de que, precisamente los científicos y estudios realizados recomendaron insistentemente el monitoreo y observación sísmica del volcán del Nevado del Ruiz para adquirir el conocimiento necesario del volcán, lo que en parte se hizo.

"JOHN TOMBLIN:

> "... Sin embargo, con un monitoreo en tiempo real integral (utilizando un sistema de radiocomunicación desde una red de detectores en el terreno), y con científicos experimentados disponibles para interpretar las lecturas, con **frecuencia es posible entregar una alarma (o advertencias) de unas pocas horas y algunas veces hasta algunos días de que una mayor erupción es inminente"** (subrayo) DANDO RESPUESTA A LA SEGUNDA PREGUNTA.

"El mismo científico JOHN TOMBLIN integrando una comisión con el sismólogo Dr. DIETER MEYER ROSA y el geólogo profesor JEAN JACQUES WAGNER, según documento obrante a folios 59 a 63 del cuaderno No. 2, se expresan así:

> "... La actividad del Volcán Ruiz es anormal y corresponde a los eventos típicos precursores de una erupción de magnitud. Dichos eventos precursores presentan típicamente algunos meses o a veces más de un año antes de una erupción violenta, pero aproximadamente uno solo de cuatro casos dichos eventos ""precursores"" desemboca en una erupción de magnitud.

"Antes de tal erupción violenta, durante algunas horas o varios días, hay un cataclístico incremento de actividad microsísmica, inflación del suelo, incremento de temperatura cerca del cráter y de emisiones de vapores o ceniza, etc.".

"CONCLUSIONES" La condición actual del Nevado del Ruiz se ha **mostrado anormal a partir de noviembre de 1984. Existe un riesgo elevado de erupción y este riesgo continuará mientras continúen los sismas (sic) locales y otros fenómenos** (subrayo).

"Para proteger la población cerca del Volcán de una posible erupción existe la obligación de parte de INGEOMINAS de establecer la primera etapa del monitoreo ya descrito y preparar una zonificación para los diferentes tipos de erupciones posibles. **Por parte de la DEFENSA CIVIL, hay una obligación de preparar los aspectos logísticos incluso los sistemas de alarma, y en caso de necesidad, la evacuación de la población en las zonas de alto riesgo** (subrayo).

"Continúa el H. Tribunal expresándose así:

"Así mismo la Nación advirtió los riesgos al producir Ingeominas el Mapa respectivo y públicamente a través de visitar a las poblaciones cercanas al Nevado del Ruiz incluida Armero y a los habitantes riveranos de los ríos como el Lagunilla, Azufrado, Gualí y otros se les informó por conferencias, charlas, volantes y por medios radiales y escritos los peligros que podia generar la erupción del Volcán de Ruiz y las medidas que se debían tomar como la evacuación. Comprobación que aparece en el folleto ""Informe de la Dirección de la Defensa Civil al Señor General de Defensa en relación con el Volcán Nevado del Ruiz"", Cuadernillo Defensa Civil Colombiana - Seccional Tolima, y por qué no decirlo con las declaraciones de los Doctores William Varón Camelo, María Cristina López y Cecilia de Castro (folios 51, 52, 53, 59, 61, 62 y 63)".

"Siguiendo el mismo orden especificado por el fallador de Instancia en la parte motiva del proveído recurrido, nos detendremos un poco sobre el valor probatorio documental y testimonial respectivamente y en lo fundamental a la materia del presente litigio.

"MAPA PRELIMINAR DE RIESGOS VOLCANICOS POTENCIALES DEL NEVADO DEL RUIZ OCTUBRE 7 DE 1985.

"3. ACTIVIDAD FUTURA DEL VOLCAN NEVADO DEL RUIZ"

"Este volcán se encuentra activo en la actualidad y por lo tanto es probable que tenga erupciones en el futuro. En su pasado histórico, registró flujos

de lava, flujos piroclásticos, explosiones laterales dirigidas (blast), caídas de cenizas y flujos de lodo (lahares) –tabla 1–, que se describen en detalle más adelante".

"La posibilidad de ocurrencia de este tipo de evento, en los ríos indicados en el Mapa de Riesgos Volcánicos Potenciales, es alta durante fases eruptivas de cualquier tipo, por lo tanto su probabilidad es de un 100%. Su magnitud está estrechamente relacionada con el tamaño de la erupción y la disponibilidad de agua. Durante el período inicial de erupción, cuando se presentan caídas delgadas de ceniza alrededor del cráter y sismos de baja intensidad, aumenta la fusión de la nieve y la inestabilidad de los flancos del volcán, lo que puede ocasionar flujos de lodo hasta de 12 metros de espesor por encima del cauce normal de los ríos".

"MAPA DE RIESGOS VULCANOLOGICOS POTENCIALES DEL VOLCAN NEVADO DEL RUIZ" Bogotá Nov. de 1985.

"A partir del 22 de septiembre, fecha en la cual se empezó la vigilancia por parte de este grupo de trabajo, se observó hasta el 4 de noviembre:

"– Actividad fumarológica contínua representada principalmente por una columna blanca de vapor de agua que ha alcanzado hasta 4 km de altura. Frecuentemente presenta tonalidades amarillentas y/o grises hacia su parte basal, debido a la emisión de vapores azufrados y cenizas respectivamente".

"– Existe una estrecha relación entre la altura de la columna y la sismisidad registrada: a mayor altura, mayor sismisidad".

"WILLIAM VARON CAMELO.

"Dicho testimonio extenso pero sobre generalidades de poco peso probatorio, no obstante dice:

"Informado (sic) que por ser ellos los conocedores del lugar debían buscar los sitos altos y lejanos de las riberas del río, como lugar de refugio, debían prever medicamentos de primeros auxilios y las drogas necesarias que por tratamiento estuvieren tomando cada uno de los pobladores...".

"Soy testigo que gracias a la información que la Defensa Civil dio en esa oportunidad y en otros momentos en que la Defensa Civil hizo parte con varias comisiones, de la Defensa Civil del Departamento del Tolima, lograron salvar sus vidas muchos pobladores de Armero"..., "la reunión en realidad fue una...".

"Así mismo se les mencionó que en caso de requerirse una evacuación la misma comunidad que conocía perfectamente el sector, debería identificar con anticipación aquellos lugares altos y seguros que ofrecían resguardo a sus vidas y que periódicamente realizaran ejercicios de evacuación, lo que les iba a permitir determinar el tiempo de viaje, reconocer las vías y acondicionarsen (sic) a la situación"... Concretamente la Institución según el conocimiento que tengo no adelantó ejercicios de evacuación".

"... cuando el nivel de los ríos crecieran hubiere mayor afluencia de ceniza, olor a azufre, inclusive emisión de lodo, debían trasladarse a sitios más altos, previamente escogidos, inclusive se llegó a recomendar abandonar transitoriamente las áreas... presentados los signos, la familia debía proceder a abandonar su vivienda, y alertar al siguiente con un cohete, taparse la nariz con el famoso pañuelo húmedo, y llevar consigo lo mínimo de elementos... Es importante agregar que el día de la emergencia la Junta de Defensa Civil de Armero, estaba trabajando cuando se dieron los signos del desastre, sus integrantes salieron a golpear en las puertas para alertar a la mayoría de personas que ellos pudieron. Esta información la recibimos de Margarita, la Secretaria de la Delegación que murió prestando sus servicos a la comunidad, informando lo que estaba ocurriendo" (MARIA CRISTINA LOPEZ, hoja No. 23 del F. recurrido).

"Y continúa el H. Tribunal:

"Estos testimonios merecen toda credibilidad por ser conocedores de los sucesos previos a la tragedia e informados de las actividades que realizó la Nación especialmente por la Defensa Civil Colombiana para prevenir la tragedia y uniformes en sus narraciones. Agregándose que la Doctora Cecilia de Castro se notificó de la evacuación que éste organismo solicitaba el 13 de noviembre en Armero a través de los miembros de la Junta Civil de la reconocida población".

"De la testimonial recepcionada se puede deducir sin lugar a equívocos:

"– Que los tres deponentes pertenecen a la Defensa Civil del Tolima.

"– Que el conocimiento de lo que afirman en varias aspectos, lo obtuvieron de oídas.

"– Que a los habitantes de Armero sí se les había suministrado alguna información sobre Evacuación, pero sin que para ello el Estado - La Nación Colombiana ante tal eventualidad se hubiese comprometido a proporcionar los medios adecuados tales como locomoción, alojamiento y alimentación.

"– Que no se adelantaron entrenamientos de Evacuación.

"– Que en manera alguna fue dispuesta la Evacuación de Armero por autoridad del orden Nacional.

"I-2: PRUEBAS DOCUMENTALES DEJADAS DE APRECIAR:

"a) Concepto Geológico sobre los fenómenos volcánicos ocurridos en diciembre de 1984 en el área del Parque Natural de los Nevados - INGEOMINAS, marzo de 1985, obrante en el Cuaderno No. 3 y aportado por la demandada.

"b) Estudio de los riesgos Volcánicos Potenciales del Volcán Nevado del Ruiz - Informe de actividades desarrolladas Período Octubre 8-Nov. 10/85. Trabajo presentado por INGEOMINAS como Secretaría Ejecutiva del Comité Nacional, Medellín, Nov./85. Obrante en el cuaderno No. 3 y comprendiendo prueba aportada por la demandada (Solicitud 1-e).

"Se consigna entre otra cosa en este documento:

> "5.5.2.– Sismológicamente se han definido 5 erupciones fráticas entre el 20 de julio y 27 de octubre, ocurridas los días 3, 8 de agosto y 11, 27 de diciembre, y 23 de octubre donde las del 11 y 27 son acompañadas con extrusión de Cenizas".
>
> "5.5.3.– La presencia de Bandas de Tremores en los días previos a las erupciones parece ser un premonitoreo de buena confiabilidad para la predicción de erupciones".
>
> "5.5.4.–La sismología como principal actividad para predecir una erupción que pueda llegar a ser catastrófica requiere una red mínima de 8 estaciones que permitan mejorar la calidad de los datos obtenidos".

"c) RIESGOS SISMICOS Y VOLCANICOS DEL PARQUE NATURAL DE LOS NEVADOS - Ingeominas, Bogotá, agosto de 1985. Obrante en el Cuaderno No. 3 y como prueba solicitada por la demandada (1-b), donde se dice entre otras cosas:

"3. MARCO INSTITUCIONAL"

> "El Ministerio de Minas y Energía a través de INGEOMINAS como entidad del Gobierno Nacional encargada de estudiar los fenómenos geológicos del país, coornará (sic) el proyecto Cooperativo Interestitucional (sic) que vigilará los nevados de la Cordillera Oriental".

"d) INGEOMINAS - Informe de labores realizadas durante el 13 de noviembre de 1985, donde se consigna entre otros aspectos los siguientes:

"A las 10 y 15 del mismo 13 de noviembre fui llamado por el Coronel (r) RAFAEL PERDOMO de la Defensa Civil, a mi casa de habitación, comunicándome que el Volcán había explotado; inmediatamente le informé sobre la necesidad de ir alertando a la población ribereña, para el caso de que fuera evacuada, pues no sabíamos la magnitud de la explosión ni los efectos que produciría.

"e) ESTUDIO DE LOS RIESGOS VOLCANICOS POTENCIALES DEL NEVADO DEL RUIZ - Informe preliminar de las actividades desarrolladas - Período julio 20-oct. 7, de 1985. Trabajo coordinado por INGEOMINAS como Secretaría Ejecutiva del Comité Nacional. Prueba obrante en el cuaderno No. 3 y previamente solicitada por la demandada (1-c), donde entre otras cosas textualmente se consigna lo mismo que aparece en el documento b).

"f) ACTIVIDADES ADELANTADAS POR INGEOMINAS EN EL VOLCAN NEVADO DEL RUIZ, ENTRE el 15 y 22 DE SEPTIEMBRE de 1985, prueba obrante en el Cuaderno No. 3 y aportado a solicitud de la accionada (1-c), donde aparece entre otras apreciaciones, las siguientes:

"Las primeras indicaciones y recomendaciones confirmaban las apreciaciones del programa diseñado por INGEOMINAS, haciéndose énfasis en la vigilancia visual del Nevado, tanto desde tierra como desde el aire. Esta observación, debe orientarse, con más intensidad, hacia las zonas Glaciares y nacimientos de los ríos Gualí, Azufrado, Lagunillas, Recio, Claro y Molinos, por la posibilidad de desprendimientos de hielo que causen aumentos en el caudal de los ríos con los peligros potenciales para las gentes que habitan sus valles".

"g) REVISTA DE VIAS Y TRANSPORTES - Vol. XII No. 53 (1985) donde aparece: Un. Nal. de Col. - Secc. Manizales.

"1.– Las implicaciones del riesgo volcánico y de otros riesgos naturales son de la absoluta responsabilidad del Estado. La comunidad tiene derecho a que se le oriente debidamente y a que se le proteja del mejor modo posible.

"5.– Los terremotos son de nuestra experiencia y aún no se predicen; lo contrario ocurre con las erupciones volcánicas. Debemos aprender a convivir con el volcán y también a prever oportunamente sus eventuales erupciones".

"h) REVISTA DE VIAS Y TRANSPORTES - Vol. XIII No. 56 de 1986. UNIVERSIDAD NAL. DE COLOMBIA Secc. MANIZALES.

"1.– Las implicaciones del riesgo volcánico y de otros riesgos naturales son de la absoluta responsabilidad del Estado. La comunidad tiene

> derecho a que se le oriente debidamente y a que se le proteja del mejor modo posible" (reiterándose sobre lo dicho en el boletín anterior).
>
> "El próximo desbordamiento (si fallan las medidas preventivas –aún no iniciadas–) sobrevendrá a mediados de noviembre del presente año. Ya se han observado los signos característicos..." Transc. art. del tiempo p.9A del Domingo 17 Nov./85).

"SE CONCLUYE EN ESTE CAPITULO

"Procediendo como lo hace el fallador de Instancia, sin razonada evaluación conjunta del acerbo (sic) probatorio arrimado al plenario, sino dándole excesiva jerarquía a testimonial vaga, general e imprecisa en marcada contraposición a voluminosa documental seria y científica sobre el asunto debatido y que como lo he expuesto, en algunos casos subestima o deja en discreta sombra; no se atempera entonces a las reglas de la sana crítica que le impone el deber de apreciar las pruebas en su conjunto de acuerdo a las voces de los arts. 168 y 267 del C.C.A. en concordancia con el art. 187 del C.P.C.

"– En efecto: no expone razonadamente en cada caso, cuál es el mérito que le asigna a cada prueba y a todas en su conjunto y los motivos que tuvo para hacerlo, dando así la fundada impresión de que su apreciación probatoria se produce en conciencia, como lo ha sostenido reiteradamente la Jurisprudencia Colombiana.

"Desde luego que el caso *sub-lite* se caracteriza por controversia que gira en torno a aspectos de carácter científico especializado y técnico - Vulcanología, Sismología, Geología y relacionadas cuyo conocimiento exacto no se le puede exigir al Poder Jurisdiccional; pero de ahí a que en la apreciacón probatoria se le pretenda dar mayor credibilidad a testimonial como a la que me he venido refiriendo, frente a Documental-Científica tan abundante como lo arrimada al plenario a solicitud de las partes, ya entonces la situación pasa a ser un despropósito Jurídico mayúsculo.

"Sobre el particular se ha expresado así la Corte Suprema de Justicia:

> "En Colombia, según el principio de la apreciación racional de la prueba, implantado en este País por claro mandato del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, es decir del juez y no mera facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos aducidos un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.
>
> "Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los falladores de instancia frecuentemente acudan

a ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas todas como un supuesto integrado por elementos disímiles.

"Y ello está bien si, como lo agrega el artículo 187 citado, en el examen conjunto del juez éste expresa: ""razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba"", pues si así no actúa, su análisis resulta no solamente ilegal sino peligroso, porque arbitrariamente saca una deducción, o por lo menos oculta los fundamentos o razones que le sirvieron para establecer como válida esa conclusión" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Junio 14/82. Mag. Ponente Dr. HUMBERTO MURCIA BALLEN).

"II. EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN CAUSA PASIVA.–

"Dicha excepción, sobre la que ha insistido el representante Judicial de la accionada –NACION COLOMBIANA–, es totalmente inconducente si nos atenemos a lógica interpretación del libelo incoatorio y el art: 149 del C.C.A., e igualmente el D. 636/74.

"En efecto, tratándose de una demanda contra la Nación Colombiana, para el caso *sub-lite* la representación legal jurídicamente recae en el Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendencia, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor, según los términos del art. 149 del C.C.A. inciso 2o.

"No hace referencia la norma a establecimiento público que como Ingeominas o Instituto de Asuntos Nucleares puedan llevar la representación legal de la Nación.

"Siendo INGEOMINAS un establecimiento público adscrito al Ministerio de Minas y Energía, es apenas lógico entender que en el caso presente la legítima representación legal de la Nación recae precisamente en el Ministerio de Minas y Energía.

"Lo anterior se comprueba palmariamente con el documento arrimado al proceso y citado en la pág. 9 del presente escrito con la cita No. 16".

– III –

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

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

"II. La ausencia de responsabilidad del Estado.

"a) La fuerza mayor.

"La ley 95 de 1890, en su artículo 1o., define la fuerza mayor o caso fortuito como "el imprevisto a que no es posible resistir".

"No obstante, en la actualidad se hace necesario distinguir entre los conceptos de fuerza mayor y de caso fortuito.

En efecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida por su sección tercera el 20 de febrero de 1989, sostuvo que "... la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito adquiere su mayor interés dentro del marco de la responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. La fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos". –Expediente 4655–.

"Por otro lado, como bien se expresó en el alegato de primera instancia, tres son hoy las condiciones que debe reunir una determinada circunstancia para que pueda considerársela como constitutiva de fuerza mayor: la exterioridad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

"Sobre el particular resultan de tal manera comprensivos, tanto el estudio que se hizo con ocasión del alegato de primera instancia, como su soporte doctrinario y jurisprudencial que, con la sóla excepción de unas consideraciones adicionales que habrán de hacerse respecto de la imprevisibilidad y de la irresistibilidad de las erupciones volcánicas –determinadas principalmente por la prueba practicada en la presente instancia a solicitud del suscrito– basta con remitirse a él, ya que cualquiera otra resultaría superflua.

"La prueba referida es la declaración rendida por Darrel Gilbert Herd, geólogo del Servicio Geológico de los Estados Unidos de Norteamérica (U.S.G.S.), quien visitó la zona del volcán Nevado del Ruiz en el mes de septiembre de 1985.

"Dos aspectos de su declaración son verdaderamente categóricos para los efectos que nos ocupan, razón por la cual considero necesario transcribirlos:

> ""PREGUNTA 3: Si desde el punto de vista de los conocimientos concretos puede predecirse anticipadamente con seguridad el tipo, magnitud, intensidad, duración, alcance y los efectos que pueda ocasionar una erupción volcánica.
>
> "RESPUESTA: Actualmente no es posible predecir con exactitud una posible actividad volcánica. Muchas evaluaciones de los posibles peligros de un volcán se basan en la hipótesis según la cual las futuras erupciones

del volcán serán similares a las del pasado. Por ejemplo, los mapas que muestran zonas de peligro volcánico están principalmente basados en la ubicación, índole y frecuencia de actividades volcánicas anteriores de erupciones tanto históricas como prehistóricas. Sin embargo, los mapas de peligro volcánico, en efecto (sic) todas las predicciones de posible actividad volcánica no son precisos, sino estimativos (o cálculos) de actividad futura. De manera importante, no son mejores que los datos geológicos y de observación en que están basados.

"Y las pautas de la actividad volcánica puedey (sic) cambiar. La escala de la enorme erupción explosiva del Mount St. Helens el 18 de mayo de 1980 que redujo en casi 500 metros la cumbre original del volcán de 2.950 metros no fue prevista por los científicos que trabajaban en el volcán. La escala de los depósitos explosivos dirigidos del 18 de mayo no tuvo precedentes en los 30.000 años de historia geológica del volcán. Existen muchas más pequeñas erupciones que las grandes registradas en depósitos prehistóricos de St. Helens.

"PREGUNTA 4: Si necesariamente de una erupción ocurrida en en (sic) el volcán Nevado del Ruiz cualquiera que sea su magnitud se siguen flujos de lodo de características similares a los que se desprendieron en la noche del 13 de noviembre de 1985.

"RESPUESTA: No todas las erupciones del Nevado del Ruiz han generado flujos de lodo que han bajado por las laderas del volcán similares a los que tuvieron lugar el 13 de mayo (sic) de 1985. Los antecedentes geológicos e históricos de la actividad eruptiva del Nevado del Ruiz incluye erupciones que manifiestamente no generaron actividad de flujos de lodo. Por lo menos tres erupciones prehistóricas durante los últimos 10.000 años –que está demostrado por capas de ceniza volcánica– no tienen ningún depósito de flujo de lodo relacionado. Ni los antecedentes históricos o geológicos incluyen una mención a actividad de flujos de lodo relacionados con la erupción de ceniza de la que se informó el 14 de mayo de 1805; con el penacho que fue intermitente observado entre 1826 y 1833; o con la erupción freática (vapor) de 1916 que según se informó, roció con ceniza fina a Manizales, Caldas. De manera importante, ninguna de las pequeñas erupciones del Nevado del Ruiz, posteriores a 1985 han producido actividad de flujo de lodo similar a aquella de la noche trágica del 13 de noviembre de 1985".

"La sentencia de primera instancia hizo especial énfasis en esos mismos aspectos, y en relación con ellos transcribió algunos apartes de las declaraciones rendidas por los expertos Bruno Martineli, del Cuerpo Suizo de Socorro, y John Tomblin, de la oficina de las Naciones Unidas para la

prevención de Desastres "UNDRO", que bien vale la pena traer a colación.

"El primero de ellos señaló:

"¿Es posible predecir con varios días de anticipación y con suficiente certeza (al menos un 50% de probabilidad) la fecha de una erupción? La respuesta a esta pregunta es claramente no. Personalmente no conozco ningún caso, documentado científicamente, en que predicciones de este tipo hayan resultado con éxito...

"... No es posible, en la actualidad, predecir con seguridad el tipo (carácter), la violencia (magnitud, intensidad), la duración y, por tanto, las consecuencias de una erupción volcánica, basando dicha predicción en señales cuantificables.

"Y el segundo afirmó:

"No es posible predecir con exactitud el tipo, magnitud, intensidad, duración, alcance y efectos de una erupción volcánica. 4– Solamente ciertos tipos de erupción (en particular flujos piroclásticos), y con una magnitud por encima de determinado mínimo, son capaces de generar corrientes de lava (lodo) con las características similares a las del 13 de noviembre de 1985 en el volcán Ruiz".

"Por su parte, el apoderado de la demandante ha venido afirmando, en cambio, que era perfectamente posible determinar de antemano y en forma exacta el momento en que se presentaría la erupción, así como la totalidad de su efectos, de tal suerte que, a su juicio, la Nación obró con negligencia al no disponer anticipadamente la evacuación de quienes se encontraban en las zonas que a la postre resultaron afectadas.

"Tan categórica afirmación ciertamente no resulta difícil de formular después de ocurrida la tragedia, como suele ocurrir con las "profecías" hechas *ex post facto*. Además, ella carece por completo de soporte científico, como que en el expediente brilla por su ausencia cualquier prueba que apunta en tal sentido. Por el contrario, aparece demostrado plenamente que todos los científicos que vinieron a nuestro país a instancias de distintas autoridades para examinar el volcán, han coincidido en afirmar que en el mundo, en el estado actual de la ciencia, definitivamente no es posible hacer tal tipo de predicciones.

"En tales condiciones es claro que las afirmaciones del apoderado de la demandante no pasan de ser meras apreciaciones personales –no del todo desinteresadas– de un lego en la materia.

"De otra parte, pero también en relación con los daños producidos como consecuencia de desastres naturales, resulta necesario hacer algunas consideraciones finales sobre el tema que se viene tratando, relacionadas con las doctrinas sentadas por esa misma sección del Honorable Consejo de Estado en sus providencias del 8 de agosto de 1985 y del 13 de noviembre de 1990.

"En efecto, es indispensable resaltar la enormes diferencias que existen entre los supuestos fácticos y jurídicos de los asuntos señalados y los del caso *sub-lite,* para poner de presente cómo en modo alguno resultarían aplicables a éste las consideraciones consignadas en la parte motiva de los fallos citados.

"En el primero de tales casos, relativo a los fatídicos hechos ocurridos en el sitio denominado Quebradablanca el 28 de agosto de 1974, se declaró responsable a la Nación por considerarse que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, al tratar de evitar un enorme deslizamiento natural de tierra de graves consecuencias provocando uno menor de modo artificial –y obrando con no poca negligencia–, había resultado siendo el artífice del riesgo que, finalmente, se materializó.

"Tal como se indicó en el respectivo fallo, en ese evento "El caso fortuito no se dio porque, como se ha repetido en esta providencia, **el infortunio sobrevino a consecuencia de una situación de peligro, creada por el Ministerio de Obras Públicas"** (subrayado del suscrito).

"Como es apenas evidente, en el caso *sub-lite,* el Ministerio de Minas y Energía ciertamente no provocó la erupción volcánica o los flujos de lodo que ocasionaron la tragedia ya conocida, ni tuvo tampoco participación alguna en su ocurrencia, como no la tuvo ninguna otra dependencia u organismo del Estado.

"En el segundo, se trataba de establecer la eventual responsabilidad de una entidad pública con ocasión de los perjuicios sufridos por el propietario de unos terrenos que resultaron afectados por una inundación producida como consecuencia de la inadecuada conservación de un canal.

"Pero en aquel expediente y en la sentencia correspondiente aparece, con meridiana claridad, que la entidad comprometida conocía bien y de tiempo atrás la existencia y la magnitud del riesgo correspondiente –como que las inundaciones ocurrían periódicamente cada tres o cuatro años, según ella misma lo hizo saber–; que el mismo afectado había llamado la atención de la entidad mencionada respecto del problema, de su ocurrencia cíclica, de su evitabilidad, que la propia entidad pública había ya determinado cuatro años atrás las causas determinantes de las inundaciones y la forma de impedirlas, consistente en limpiar periódicamente un canal, en hacer unas obras menores para corregir el desagüe de una alcantarilla por debajo de la carretera y en instalar una motobomba; y que, sencillamente, hizo caso omiso de su propio diagnóstico y de

sus propias determinaciones en el sentido de adelantar dichas tareas, las cuales nunca fueron acometidas.

"De modo, entonces, que en aquel caso resulta indiscutible, como bien lo dijo el Consejo de Estado, "que indudablemente se produjo una falla del servicio por parte del Himat, pues las soluciones previstas para evitar una nueva inundación no se habían implementado totalmente, y por consiguiente, no se actuó ni con el interés, ni con la diligencia que el riesgo y la situación de la zona ameritaban". Así pues, en esa oportunidad, ante un evento absolutamente previsible, y, por sobre todo, perfectamente resistible con un mínimo de diligencia y de acción, el Estado, indolentemente, se desentendió del problema y nada hizo.

"Por contraste, en el caso de autos, las circunstancias fueron bien distintas. En efecto, ya se ha visto cómo la ciencia ha proclamado rotundamente su total imposibilidad de prever una tragedia como la de Armero y su absoluta impotencia para conjurarla. Más aún, en el siguiente capítulo se verá cómo, no obstante lo anterior, múltiples dependencias y agencias del Estado desplegaron, hasta agotarlos, todos los medios que se encontraban a su alcance –jurídica y materialmente– para hacerle frente a la situación.

"b) La ausencia de falla del servicio.

"Según se afirmó al momento de dar contestación a la demanda y se demostró plenamente a lo largo del proceso, incontables fueron las actividades desplegadas por las distintas autoridades a las que directa o indirectamente incumbía al desarrollo de alguna tarea relacionada con la amenaza volcánica o con sus eventuales consecuencias (alcaldes, gobernadores y comités regionales y locales de emergencia de la zona, Defensa Civil Colombiana, Instituto Nacional de Investigaciones Geológico Mineras "INGEOMINAS", Instituto Geográfico Agustín Codazzi, etcétera).

"Del mismo modo, en el alegato de conclusión de primera instancia, con base en el material probatorio allegado al proceso, se relacionaron algunas de tales actividades, que dan cuenta de cómo dichas autoridades cumplieron cabalmente con sus funciones, incluso más allá del mandato legal correspondiente, realizando todas las tareas que estuvieron a su alcance, aspecto al cual se le dedica especial atención en la sentencia correspondiente.

"Recuérdense simplemente, a modo de ejemplo, los casos heroicos de los funcionarios de la Defensa Civil Colombiana que fueron mucho más allá del cumplimiento de su deber, y a quienes encontró la muerte tratanto de convencer a los escépticos habitantes de Armero acerca de que había llegado el momento de poner en práctica las medidas de prevención dispuestas de tiempo atrás por dicha entidad.

"Se señaló también en el alegato mencionado que si la tragedia finalmente se produjo, de ello no puede concluirse –en forma obligada– que su sola ocurrencia comprometió la responsabilidad del Estado, sobre la base de que su única función era la de evitarla.

"Por último, en dicho alegato se hicieron algunas consideraciones jurídicas acerca de la medida de policía conocida como desalojo, habida cuenta de que la parte actora, al no poder endilgarle al Estado una falta de actividad (por las razones ya expuestas), optó por fundar su demanda en la supuesta omisión en que incurrió el Ministerio de Minas y Energía al no disponer la "evacuación" de todas las personas que se encontraban en la zona de riesgo. Tales consideraciones concluyeron en que dicho desalojo resultaba impracticable en función de las circunstancias.

"A todos los argumentos allí expuestos me remito ahora, para reafirmarlos.

"c) La culpa de la víctima.

"Sobre este particular, simplemente me remito a lo que en forma clara y completa se expresó en el alegato de conclusión de primera instancia, para reiterarlo.

"Así mismo, vale la pena subrayar que, indudablemente, lo que ha resultado demostrado es que si alguien tuvo en sus manos la posibilidad de salvar la vida del esposo y padre de los demandantes, en verdad no fue el Estado colombiano –lamentablemente–, sino la propia víctima, que bien hubiera podido acatar las recomendaciones, las admoniciones y las instrucciones de las diversas autoridades públicas. Otros, en cambio, que sí las atendieron, lograron salvar sus vidas, como claramente lo demuestra el acervo probatorio.

"III. La falta de legitimación en la causa por pasiva.

"En relación con este punto, tan sólo estimo necesario recabar acerca de las funciones que al Ministerio de Minas y Energía le han sido atribuidas por las normas jurídicas a que se hizo mención en el alegato de conclusión de primera instancia y su comparación con la tarea que, al decir de la parte demandante, dejó de cumplir en este asunto, consistente en ordenar y ejecutar una "EVACUACION de las zonas y poblaciones de riesgo inminente por razón de las actividades vulcanológicas (sic) del Nevado del Ruiz".

"Lo anterior cobra especial relevancia si tenemos en cuenta que si el ministerio mencionado hubiese acometido la "evacuación" de marras, habría –entonces sí– comprometido su responsabilidad, al incurrir en una clarísima extralimitación de funciones, conducta censurable en los términos de los artículos 6 y 122 de nuestra actual Constitución Política (20 y 63 de la Carta vigente para la época en que sucedieron los hechos).

"Por lo demás, me permito reiterar que hago mías todas y cada una de las consideraciones contenidas en el tantas veces citado alegato de conclusión de primera instancia" (fls. 288-297 Cdno. No. 1).

– IV –

VISTA FISCAL:

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo, OBSERVA:

"Con las declaraciones a las cuales se ha hecho referencia se concluye que la población de Armero fue informada por medio de conferencias, charlas, etc., los peligros que podría generar la erupción del Volcán del Ruiz y las medidas que se debían tomar, para este evento la evacuación. Y si no se obtuvieron resultados, se debió precisamente a la imprevisibilidad de la tragedia, en cuanto al carácter de la misma intensidad, e igualmente irresistible dado el hecho de como se presentó el deshielo y la cantidad tan voluminosa de metros cúbicos de lodo y materias volcánicas, que arrasaban todo cuando encontraron a su paso, hasta que la avalancha llegó finalmente a la ciudad de Armero con los funestos resultados ya conocidos.

"Ahora bien, obra en el Expediente, específicamente en el cuaderno No. 2, pruebas parte demandante, folio 130, el estudio de los riesgos volcánicos potenciales del Nevado del Ruiz, durante el período de julio 2 a octubre 7 de 1985, de INGEOMINAS.

"A folio 131 cuaderno 2, obra igualmente el informe de INGEOMINAS, acerca de las actividades desarrolladas, durante el período octubre 8-noviembre 10, 1985. De dicho informe se destaca el punto 3, y que hace referencia a OBSERVACION VISUAL, y del cual se destaca lo que a continuación se transcribe:

"... La fumarola del cráter Arenas, que a fines de septiembre alcanzaba alturas hasta de 4 km se ha reducido paulatinamente hasta una altura aproximada de 0.8 a 1.5 km, con excepción de los días 20 y 21 de octubre en los cuales alcanzó casi 2.0 km, coincidiendo en el tiempo con un aumento de la actividad sísmica.

"Las emisiones de cenizas se han reducido proporcionalmente con la altura de la fumarola y al principio de noviembre estaban reducidas a los alrededores del cráter.

"No se han observado sitios de emisión de gases distintos a los localizados en el interior del cráter que puedan indicar alguna debilidad estructural somera o conductos laterales.

"El control de temperatura del suelo mediante termosondas no ha mostrado valores que indique calentamiento alguno en el subsuelo de las inmediaciones más accesibles al volcán.

"El canal de los ríos que drenan el casquete glaciar se incrementó posteriormente a la emisión de cenizas del 11 de septiembre, pero en la mitad de octubre, una vez estas fueron lavadas o cubiertas por nieve, volvió a sus niveles normales, confirmándose de esta manera que el deshielo inicial se debía a absorción de calor debido a la coloración gris oscura y no a flujo de calor subterráneo.

"La masa glaciar perteneciente a la cuencia del río Azufrado se ha reducido de manera considerable (por lo menos un 30%) disminuyendo en consecuencia el riesgo máximo de inundación en la ciudad de Armero.

"El represamiento del Río Lagunillas, provocado por causas ajenas al Volcán del Ruiz, no representa una amenaza inminente de rompimiento del dique puesto que bajo condiciones normales, el río no tiene capacidad para remover los enormes bloques de roca que lo forman...".

"Es así como no solamente funcionarios de la Defensa Civil Colombiana, sino también INGEOMINAS, estuvieron pendientes del comportamiento mismo del volcán, así como de instruir a la población que en un evento dado, fuera a salir perjudicada con una erupción del citado volcán. Se corrobora de esta manera lo que ya se ha afirmado, en el sentido de que solamente, lo imprevisible e irresistible, así como la intensidad de la tragedia, fue lo que ocasionó la muerte de tantas personas, entre ellas las del señor PABLO ENRIQUE PARRA MORALES.

"Obra igualmente en el proceso, certificación suscrita por la Ministro de Minas y Energía, en la cual se lee:

> "... LA MINISTRO DE OBRAS Y ENERGIA. En relación con el Oficio 928, emanado del Tribunal Administrativo del Tolima, en el proceso 5841 promovido por MARIA TERESA PANQUEVA Y OTROS, contra la Nación –Ministerio de Minas y Energía, CERTIFICA: 1. Que de conformidad con el Estatuto Orgánico del Ministerio de Minas y Energía contenido en la Ley Primera de 1984, y las normas que lo adicionan y reforman, esta dependencia no es competente para impartir órdenes de evacuación, como que no tiene la función de prevención, ni atención de desastres. 2. Que consultados los archivos del Ministerio, no aparecen en ellos que esta Dependencia haya cursado ninguna solicitud de asesoría en materia vulcanológica a la UNESCO..." (folio 88 cuaderno No. 3).

"Así las cosas, la Nación - Ministerio de Minas y Energía, no sería la llamada a responder, por la presunta responsabilidad a causa de la muerte del señor Parra

Morales, presentándose por consiguiente la excepción consistente en la falta de legitimación en la causa por pasiva.

"Y en el evento de que se considerase como responsable a INGEOMINAS, es contra dicha entidad contra quien ha debido formularse la respectiva demanda, toda vez que a tenor del Artículo 20 del Decreto 3161 de diciembre 26 de 1968 el Instituto Nacional de Investigaciones Geológicas Mineras es un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Minas. Por lo tanto, la capacidad para comparecer directamente en proceso contencioso administrativo, bien sea como demandante o demandado, le da precisamente el hecho de que tenga o no personería jurídica, independientemente de estar o no adscrita a un Ministerio.

"Igualmente, el apoderado de la parte demandante, en su alegato de conclusión ante la Honorable Sala pone de presente la conducta omisiva del Gobernador del Tolima, en la tragedia. Cita para el efecto la sentencia de mayo 17 de 1991, proferida por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, mediante la cual esa Honorable Sala negó las pretensiones de la demanda formulada por el Gobernador del Departamento del Tolima para esa época, y que perseguía se declarara la nulidad del acto administrativo por medio del cual la Procuraduría General de la Nación lo sancionó con solicitud de destitución, por su conducta negligente, observada durante los días que antecedieron a la tragedia.

"Pues bien, si así lo consideraba el actor, fluye entonces, que la demanda ha debido dirigirse, no contra la Nación sino contra el Departamento del Tolima, a fin de que se declarara la responsabilidad administrativa de dicho ente, con motivo de la muerte del señor Parra Morales, ocurrida a raíz de la tragedia de Armero.

"Son las consideraciones que se han dejado expuestas, a lo largo de este concepto, por las que este despacho solicita de la Honorable Sala la confirmación del fallo apelado" (fls. 315-319 Cdno. No. 1).

– V –

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, pues el *ad-quem* hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el Tribunal, por encontrarse ceñida a la ley y al derecho.

Dentro del proceso quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA. Que la reactivación del Volcán Nevado del Ruiz se inició a fines del mes de noviembre de 1984, "... cuando el personal que laboraba en el Refugio Turístico del Nevado comenzó a sentir frecuentes sismos y al atardecer el 22 de diciembre del mismo año, se presentó el mayor de ellos, descrito como "un pulso fuerte seguido de una media hora de ruido proveniente del suelo". Al día siguiente, un sector del casquete de Nieve apareció cubierto de una patina de color verde-amarillento, que llamó la atención de algunas personas residentes en Manizales, quienes repetidamente intentaron visitar el cráter, lo cual sólo fue posible en los primeros días de enero de 1986 dadas las difíciles condiciones atmosféricas. Progresivamente, la coloración de los alrededores del crácter se iban tornando más oscuros como consecuencia de ligeras emisiones de cenizas. Al interior del cráter en el mes de febrero ya se notaban algunos cambios tales como depositaciones de minerales de azufre provenientes de varias fumarolas y un pequeño lago de unos 300 metros cuadrados de área, de cuyo fondo salían constantemente gases y vapor con plumas de agua lodosa hasta de 2-3 m de altura... El 11 de septiembre se produjo una emisión de cenizas de carácter freático en el volcán que se describió por el personal destacado en el Refugio Turístico como "un ruido de fondo intenso acompañado de fuerte olor a azufre y fósforo que se prolongó por más de 20 minutos". El fenómeno se presentó en las horas de la tarde, y el registro sismológico respectivo muestra fuerte actividad sísmica de tremor desde las 5 p.m., sin embargo, el pulso fuerte de la emisión se presentó a las 6 p.m. produciendo una pequeña avalancha de lodo en el Río Azufrado a esa misma hora, cuyas salpicaduras y huellas se pudieron apreciar hasta 20 kms aguas abajo del cráter, y la depositación de bloques de roca alrededor del mismo. En la mañana del 12 de septiembre, una delgada película de cenizas cubría vidrios y parabrisas de los vehículos en Manizales, y una capa más espesa, del orden de centímetros en las inmediaciones del cráter a milímetros, el costado occidental del casquete nevado y sus alrededores afectaron severamente los pastos de las zonas ganaderas aledañas.

Cantidades pequeñas de cenizas alcanzaron a ser transportadas por el viento hasta poblaciones situadas al borde del Río Cauca... En este período, la actividad del volcán se puede resumir brevemente diciendo que se presentaron enjambres de sismos los días 19 y 20 de octubre, los cuales fueron disminuyendo paulatinamente para comenzar a aparecer de nuevo a partir del 7-9 de noviembre, mientras la columna de vapor que llegó a alcanzar alturas de más de tres kms en el mes de septiembre, llegaban apenas a unos 200 m, hecho éste que evidenciaba para el común de las gentes una declinación de la actividad volcánica y por ende una cancelación de la conciencia popular e informativa sobre el peligro real..." (Aspectos Generales de la Erupción del Volcán Nevado del Ruiz. Eduardo Parra, Geólogo, director del Comité Vulcanológico Nacional. Revista de la Universidad del Tolima. Ciencia y Tecnología (Cdno. 3, fl. 86).

La sismicidad empezó a incrementarse el 7 de noviembre caracterizada por una serie de sismos de alta frecuencia, aunque fueron menos numerosos de los asociados con la emisión de cenizas del 11 de septiembre. Un tremor volcánico contínuo empezó el 10 de noviembre, pero fue más débil que el del 11 de septiembre.

No se notó ningún cambio adicional en sismicidad antes de la iniciación de actividad eruptiva alrededor de las 15:45 del 13 de noviembre..." (SEAN BULLETIN. Volumen 10 No. 10, octubre 31 de 1985. Boletín de Vías. Universidad Nacional de Colombia. Secc. Manizales).

SEGUNDA. Que la Defensa Civil Colombiana, frente a la situación que se presentaba, puso en marcha un PLAN DE ACTIVIDADES que se inició el 22 de diciembre de 1984 y llegó hasta el momento de ocurrir la tragedia, del cual el sentenciador retiene los siguientes datos:

1o) **Diciembre 22 de 1984.** El Delegado Regional de la Defensa Civil para el Departamento de Caldas informa a la Dirección General sobre comportanmientos anormales del volcán Nevado del Ruiz.

2o) **Enero 29 de 1985.** Reunión de Coordinadores Regionales de Defensa Civil de todo el país en la localidad de Mariquita (Tolima). En ella el Delegado para el Departamento de Caldas dictó una conferencia sobre las manifestaciones anormales que se habían presentado en el Nevado del Ruiz.

3o) **Marzo 1 de 1985.** Aprovechando la presencia en Colombia de los científicos JEAN JACQUES WAGNER, DIDIER MAYER ROSA, HANS MAYER y el doctor JOHN TOMBLIN, representante de la UNDEO, la Defensa Civil e Ingeominas, les cursaron invitación para que practicaran una inspección al Volcán Nevado del Ruiz.

4o) **Marzo 9 de 1985.** En la aeronave HK-2737-G de la Institución se efectúa el primer vuelo con estos científicos, quienes consideraron que el volcán no estaba en una situación normal y, por lo mismo, recomendaban su observación permanente.

5o) **Marzo 28 de 1995.** "Se implementó la red de comunicaciones de VHF para el Departamento del Tolima, **con la instalación de estaciones en las localidades de Venadillo y Honda".**

6o) **Abril 3 de 1985.** "El Coordinador para el Departamento del Tolima, señor Tte. Coronel (r) Perdomo S. dictó una conferencia en la localidad de Armero sobre el comportamiento del Volcán del Ruiz y **los posibles efectos en la comunidad".**

7o) **Abril 10 de 1985.** "La misma conferencia se dictó en la fecha, a la Junta de Defensa Civil de Armero con la asistencia del señor Presidente de la Junta... y 22 voluntarios integrantes del organismo. Se complementó esta conferencia con la lectura de los efectos por flujo de lodo del Nevado del Ruiz ocurridos en esa región en 1595 y 1845".

8o) **Abril 11-12-15 de 1985.** "Se dictaron conferencias similares a la anterior en las localidades de Líbano, Murillo y Villahermosa. Asistieron los miembros de las Juntas de Defensa Civil e integrantes de la comunidad de estas poblaciones".

9o) **Abril 14 de 1985.** Se dio al servicio la repetidora de Radio VHF instalada en el Cerro del Tabor, Municipio de Pulí (Cund.), para intercomunicar la red de radio del Tolima".

10o) **Abril 15 de 1985.** "Se instaló el radio VHF en la localidad de Murillo (Tol.) **quedando integrada la red del Departamento".**

11o) **Mayo 7 de 1995.** "Para dar cumplimiento a la orden de la Dirección, sobre el diligenciamiento del formulario "Datos varios Localidades para Atención de Emergencias" se reunieron en la localidad de Armero los siguientes Presidentes de Juntas de Defensa Civil... a quienes posteriormente se les hizo llegar los respectivos formularios".

12o) **Junio 11 de 1985.** "Se reúne el Comité Local de Emergencia de Pereira... para tratar aspectos de la atención de desastres causados por el Nevado del Ruiz.

El Delegado de la Defensa Civil, informó que de acuerdo a lo tratado en una reunión celebrada en el mes de marzo en la Dirección General, se estableció que la actividad volcánica del Nevado del Ruiz es anormal y que sus manifestaciones corresponden a los eventos típicos precursores de una erupción, que por lo tanto y de acuerdo a los conceptos emitidos en Bogotá se recomienda tomar medidas para proteger las localidades ubicadas alrededor del volcán y a los turistas que visitan EL REFUGIO. Se recomendó además la instalación de una Estación Sismográfica y la realización de visitas periódicas al borde del cráter para determinar su actividad. Así mismo la asignación de un observador permanente nombrado por Ingeominas o Defensa Civil con el objeto de recoger la información y emitir informes diarios a Bogotá".

13o) **Junio 13 de 1985.** "Se instalaron los radios VHF en las localidades de Ibagué, Mariquita, Armero y Fresno, integrándose de inmediato a la red regional de radio".

14o) **Julio 8 de 1985.** "El Coordinador Regional para el Departamento del Quindío... presidió una reunión en la ciudad de Armenia con los Coordinadores Regionales de los Departamentos del Tolima, Caldas y Risaralda... a fin de ultimar detalles para la elaboración de planes regionales sobre atención de emergencias ocasionadas por una posible erupción del Volcán del Ruiz. Los Delegados recibieron instrucciones para coordinar con los respectivos Gobernadores a través de los Comités Regionales de Emergencia las actividades al respecto.

Además se presentó el cortometraje sobre la erupción del Volcán de Santa Elena".

15o) **Agosto 7 de 1985.** "El Jefe de la División de Información... recibió en el Aeropuerto El Dorado al científico de la UNDRO Dr. BRUNO MARTINELLI **quien**

traía dos (2) sismógrafos y otros equipos para instalar y operar en el Nevado del Ruiz.

16o) **Julio 20-21-22 y 23 de 1985. Se instalaron equipos de radio VHF en Municipios de los Departamentos del Tolima, Caldas y Risaralda, para incrementar las redes regionales, así: Manizales (20), Salamina (20), Supía (20), Viterbo (20), Quimbaya (20), Pijao (20), Salento (21), Santa Rosa de Cabal (21), La Virginia (21), Pereira (21), Apía (22) y Balboa (23)"** (Subrayas de la Sala).

17o) **Agosto 25 de 1985.** "Se hizo un plan general de emergencia para atender una posible erupción del Volcán Nevado del Ruiz y se ordenó la elaboración de 5.000 volantes con normas de prevención y protección para ser repartidos a las comunidades que habitan en regiones aledañas al Nevado".

18o) **Septiembre 3 de 1985.** "En el Departamento del Quindío **se instalaron equipos de radio de VHF, en las localidades de Armenia y Córdoba".**

19o) **Septiembre 12 de 1985.** "Los científicos BRUNO MARTINELLI y doctor Salazar, acompañados por los miembros de la Defensa Civil señor José ABT y Gonzalo Duplata en Aeronave de la Institución, efectuaron un vuelo de inspección al área de los volcanes del sur del país".

20o)**Septiembre 13-14 de 1985.**"El Coordinador del Tolima visitó las localidades de Armero, Líbano y Mariquita donde dio instrucciones a las Juntas de Defensa Civil sobre la elaboración de censo y distribución de volantes con recomendaciones que enviaría el Comité Regional de Emergencia".

21o) **Septiembre 15 de 1985.** "El director de la Institución acompañado de los Delegados de Caldas y Tolima... viajaron a la ciudad de Armero con**el fin de informar a la comunidad sobre las manifestaciones y posibles erupción del Volcán Arenas. El Dr. Omar Gómez M., dictó a unas sesenta (60) personas** reunidas en el Museo Arqueológico, una conferencia sobre las actividades que había tenido el Volcán y su posible evolución. El Delegado de Caldas continuó hacia Mariquita para dar una información similar a la presente".

22o) **Septiembre 20 de 1985.** "El Ingeniero de la Defensa Civil, un Ingeniero de Cortolima (Hugo Alberello), un Ingeniero Militar (Mayor Rodríguez) y un Ingeniero del Distrito No. 17 del M.O.P.T. con sede en Honda efectuaron un reconocimiento a la zona del Cirpe **donde de acuerdo a informaciones de prensa existía una represa que representaba riesgo para la población. La comisión mencionada emitió un informe posterior el cual fue ampliamente difundido por la prensa y la radio conceptuando QUE NO EXISTIA PELIGRO INMINENTE DE QUE LA REPRESA FALLARA POR RUPTURA"** (Subrayas de la Sala).

23o) **Septiembre 21-22 de 1985.** "El Señor Brigadier General (r) Guillermo de la Cruz Amaya y funcionario de la Dirección viajaron a la ciudad de Manizales **a coordinar actividades preventivas.** En el sitio El Refugio el señor Director de la Institución y e doctor Omar Gómez M., en breves exposiciones **impartieron instrucciones claras y precisas sobre el comportamiento que deben seguir las comunidades del área en caso de erupción del Nevado, INFORMACIONES ESTAS QUE FUERON GRABADAS Y DIFUNDIDAS POR REPORTEROS DEL NOTICIERO NACIONAL DE TELEVISION".**

24o) **Septiembre 22 de 1985.** "Se enviaron con destino a las Delegaciones del Tolima, Caldas, Quindío y Risaralda ELEMENTOS ESPECIALES (cobijas, manilas, botiquines, plantas eléctricas, bolsas plásticas y catres plegables, por un valor de $1.506.908) y dinero en efectivo a saber: Tolima $200.000.oo, Caldas $300.000.oo, Risaralda $100.000.o0o y Quindío $100.000.oo; apoyos estos para la atención de una posible emergencia".

25o) **Septiembre 24 de 1985.** "El Delegado del Tolima mediante Decegrama No. 0621, avisa con carácter urgente a las Juntas de Defensa Civil de Murillo, Armero, Villahermosa y Casablanca, que conforme a estudios técnicos existe el riesgo de deshielo por los glaciares lo que afectaría los ríos Azufrado y Lagunilla y que se debía proceder a alertar a las comunidades ribereñas particularmente en sus cabeceras, para lo cual debe coordinar con la Policía, Juntas de Acción Comunal, Bomberos, Curas Párrocos y autoridades municipales.

El Delegado de Caldas dispuso que por parte del voluntariado se elaborara un censo de vivienda y habitantes de las Veredas entre los ríos Molinos, La Pua, Nereidas y Chinchiná (Parte alta) y se aprovechó la oportunidad para distribuir el Comunicado No. 1 del Comité Nacional de Emergencia de Caldas".

26o) **Septiembre 25 de 1985.** "La Delegación del Tolima por intermedio del Decegrama No. 0626 dispuso que las Juntas de Defensa Civil de Armero, Ambalema, Mariquita, Venadillo, Murillo, Líbano, Fresno, Herveo, Honda, Dorada y el Cerro de Tabor **mantuvieran sus equipos de radio en sintonía durante las 24 horas del día, haciendo programas con Ibagué cada dos (2) horas".**

27o) **Octubre 2 de 1985.** "Visitó la Dirección de la Defensa Civil, el doctor J. F. TOMBLIN científico de la UNDRO que se encontraba en el volcán e **informó que por ahora no había peligro inminente de erupción y que con Ingeominas está elaborando el mapa de riesgos volcánicos.**

28o) **Octubre 3 de 1985.** "Los Comités de Emergencia Regional de Risaralda y local de Pereira EMITEN BOLETINES A LOS MEDIOS DE COMUNICACION CON EL PROPOSITO DE INFORMAR A LA CIUDADANIA SOBRE LA SITUACION ACTUAL DEL NEVADO... Se dio cumplimiento a la Orden de Operaciones No. 003 con los siguientes resultados:

VERTIENTE DEL RIO RECIO

Murillo:

29 de septiembre (10:00 Hrs). En compañía del señor Cura Párroco se dictaron instrucciones sobre el fenómeno natural del Nevado del Ruiz, su evolución desde diciembre de 1984 y normas preventivas y comportamiento a seguir por la comunidad.

(19:00 Hrs.). Reunión con autoridades locales y miembros de la Junta de Defensa Civil sobre la conformación del Comité Local de Emergencia y elaboración de un Plan Local de Emergencia.

Estas conferencias fueron dictadas por el señor Ananías Pardo G., funcionario de la Institución.

"San Rafael:

"29 de septiembre (10:00 Hrs.). Se informó a la población que se encontraba reunida en la iglesia del Corregimiento, asistiendo a la misa, sobre la situación del Nevado del Ruiz, se impartieron normas básicas de prevención y se distribuyeron los volantes confeccionados al respecto. Asistieron aproximadamente 35 personas y entre ellos se encontraba el Reverendo Padre Carlos Arturo Garcia. Se promovió la creación de la Junta de Defensa Civil. Estas actividades fueron adelantadas por los señores Sérvulo Molina y Carlos Mario Callejas.....

.....

"La Sierra:

"01 octubre (09:00 Hrs.). Se dialogó con el señor Angel María Prada, Jefe de Operaciones del Distrito de Riego del río Recio a quien se le recomendó dotar de un radio al celador de la Bocatoma para que éste diera pronto aviso en caso de emergencia.

"Censo Rural Riberas del Río Recio:

"28-29-30 septiembre, y 01-02-03 octubre. Las Comisiones destacadas para adelantar el censo iniciaron su recorrido por las márgenes del río desde Veredas ubicadas a la altura del Corregimiento de Murillo, hasta el Corregimiento de La Sierra (Municipio de Lérida). Se dictaron instrucciones a la comunidad sobre medidas de prevención a tomarse en caso de una erupción, de la vigilancia de los niveles del río, del establecimiento de sistemas de alarma para avisar a los moradores y de informar a las autoridades sobre cualquier anormalidad observada. Como complemento de esta información se les distribuyó el volante con las

medidas básicas preventivas. El personal que adelantó este censo fue: Héctor Julio Zipa, Rafael Monsalve, Sérvulo Molina, Carlos Mario Callejas, Mario García, Manuel Vargas (Se anexa resumen censo Vereda y número pobladores).

"VERTIENTE RIO LAGUNILLA

"Líbano:

"28 de septiembre: Se tomó contacto con el señor Alcalde del Líbano para informarle el objetivo de las comisiones y solicitar la colaboración para el éxito de las tareas. Así mismo se pidió citar al Comité Local de Emergencia.

"Se realizó una reunión con treinta (30) miembros de Defensa Civil sobre la situación que presenta el Nevado del Ruiz, su evolución, medidas preventivas y actuación en caso de una emergencia.

"29 de septiembre. Utilizando el sistema de amplificación se dictó a la comunidad una conferencia sobre la evolución que ha presentado el Nevado del Ruiz, la situación actual, normas básicas de prevención y protección y se distribuyeron volantes con esas instrucciones.

"30 de septiembre. El Alcalde del Líbano preside el Comité Local de Emergencia para coordinar los sistemas de alarma a la comunidad, manejo de las comunicaciones y transportes.

"Se adelanta una reunión con los empleados públicos y otros miembros de la comunidad para enterarlos de la situación que presenta el Nevado del Ruiz y las normas y pautas de prevención.

"01 octubre. Se dictan conferencias en planteles educativos. Se pone al corriente de la situación del Nevado a los señores Rectores de los Planteles Educativos, Directivos de la Acción Comunal y miembros de la Cruz Roja.

"02 octubre. Se continúa con las conferencias en las escuelas y colegios y se preside una reunión que sobre el aspecto de la fenomenología del Nevado, sus consecuencias y las normas básicas de prevención a seguir es dictada en el Club de Rotarios de la localidad.

"03 octubre. Se prosiguió con las conferencias en los planteles educativos con los temas relacionados con el volcán y que ya fueron expuestas en los apartes anteriores.

"Estas conferencias fueron dictadas por los señores: Mayor Germán Velásquez R., doctor Néstor Pérez Arias, señor Rafael Carranza y señor Alberto Galindo.

"Armero:

"28 de septiembre (19:30 Hrs). En las instalaciones de la iglesia principal de la localidad y con ayuda del equipo de amplificación se dictó la conferencia para aproximadamente mil (1.000) personas que asistieron al local del templo y a la comunidad que se apostó en el parque principal y lugares próximos.

"En los temas de la conferencia se instruyó a la comunidad sobre la posibilidad de riesgo, en caso de una erupción, de la necesidad que tenía la comunidad de organizarse, de la importancia de que las autoridades elaboraran y asumieran la confección y ejecución del plan de evacuación y de las normas básicas de protección y prevención y del conocimiento que debían tener los pobladores de las alarmas dispuestas para informar sobre los estados de alerta a los habitantes. A esta conferencia asistieron el señor Cura Párroco de la localidad, un representante del Comandante local de la Policía Nacional y el Presidente de la Junta de Defensa Civil de Armero. Acto seguido a la reunión se distribuyeron los volantes, con normas impresas, a los concurrentes y posteriormente a los medios de información.

"Esta conferencia fue dictada por la señorita María Cristina López e ingeniero William Varón, funcionarios de la Defensa Civil Colombiana.

"29 de septiembre (10:00 Hrs). En las instalaciones del Museo Arqueológico fueron citadas las autoridades municipales para trazarle pautas precisas que debían tener en cuenta para la elaboración del Plan Local de Emergencia y el Plan de Evacuación. Se enfatizó en la necesidad de la operatividad del Comité Local de Emergencia, haciendo destacar que las autoridades locales debían asumir estas tareas en forma prioritaria. Asistieron el señor Personero Municipal, en representación del Alcalde, un representante del Comandante Local de Policía, el profesor Edgar Efrén, el señor Ancízar Rivera V., Presidente de la Junta de Defensa Civil y voluntarios de ese Organismo quienes mostraron interés en los temas tratados y la difusión de las normas preventivas mediante la impresión de volantes y la continuación de conferencias en los planteles educativos de la localidad. Esta reunión fue presidida por la señorita María Cristina López y William Varón, funcionarios de la Defensa Civil Colombiana.

"Lérida:

"29 de septiembre (19:00 Hrs). Aprovechando la asistencia de la comunidad a la misa dominical, se dictó la conferencia de información sobre la situación del Nevado del Ruiz, las posibles afectaciones a que se vería sometido el municipio, haciendo especial énfasis en el peligro que corrían los sectores rurales vecinos a los ríos Lagunilla y Recio, también se trató el tema de las medidas de prevención y se distribuyeron los volantes. Asistieron a la conferencia el señor Cura Párroco

de la localidad, el señor Mayor Germán Velásquez R., el señor Tte. Coronel Rafael Perdomo S., el señor Presidente de la Junta de la Defensa Civil de Lérida y aproximadamente unas setenta (70) personas.

"Ambalema:

"30 de septiembre (10:00 Hrs). En las instalaciones de la iglesia y con la concurrencia de aproximadamente 400 estudiantes de los planteles educativos, del señor Cura Párroco de la localidad, del señor Presidente de la Junta de Defensa Civil de Ambalema, del señor Ancízar Rivera V., Presidente de la Junta de Defensa Civil de Armero, de personal voluntario de los dos Organismos mencionados, del señor Secretario de la Alcaldía Municipal y de unas pocas personas de la comunidad se dictó la conferencia que sobre el comportamiento del Nevado del Ruiz, los riesgos que implica, el estado actual y las normas básicas de prevención debían conocer los habitantes y las autoridades municipales. Como complemento a estas charlas se distribuyeron los volantes que contenidas (sic) las normas básicas de prevención.

"(11:30 Hrs). En las instalaciones de la Alcaldía Municipal y presidida por el señor Secretario de la Alcaldía se efectuó una reunión donde se advirtió por parte de los Conferencistas (María Cristina López y William Varón) de la necesidad imperiosa de conformar el Comité Local de Emergencia con todos los estamentos oficiales y particulares que funcionan en el municipio y los cuales en un momento dado deberían concursar para la atención de una emergencia. Se les instruyó sobre los puntos a tenerse en cuenta para la confección del plan local de emergencia y se solicitó informar a las poblaciones rurales sobre los riesgos que les implicaría una erupción del Nevado, reproduciendo y distribuyendo los volantes con las pautas a seguir por la comunidad.

"Censo Rural Riberas del Río Lagunilla:

"28-29-30 septiembre y 01-02-03 octubre. El personal designado para cumplir estar labores recorrió las riberas del río Lagunilla en ambas márgenes desde vecindades del Corregimiento de Murillo hasta vecindades de la localidad de Armero; instruyendo a los habitantes de las Veredas sobre las medidas que debían de tener en cuenta para su protección, de los sistemas de alarma para alertar a los moradores, de la observación permanente del comportamiento del nivel del río y de la transmisión a las autoridades de cualquier situación anormal. Junto al levantamiento del censo se distribuyó volantes que contenían las medidas preventivas.

"El personal que cumplió esta labor fue: Baltazar Gutiérrez, Carlos Gil, Manuel Vargas, Manuel Mantilla, Fernando Escobar y Alberto Galindo.

"VERTIENTE DEL RIO AZUFRADO

"Villahermosa:

"29 septiembre. Con la participación del señor Ricardo Ortíz M., como conferencista y el señor Cura Párroco se recalcó nuevamente sobre la conferencia impartida a la población el día 21 de septiembre, tratando temas sobre el estado actual del Nevado, su comportamiento, sus implicaciones y enfatizando en las medidas que debe tomar la población para disminuir sus consecuencias.

"Casabianca:

"29 septiembre. Los señores Néstor Pérez Arias y Rafael Carranza dictaron a la población, haciendo uso de los altoparlantes de la iglesia, la conferencia sobre las manifestaciones presentadas por el Nevado del Ruiz, las afectaciones y normas a seguir por la comunidad para disminuir los efectos que en la población pueda ocasionar una erupción del Nevado del Ruiz. Se hizo notar que los mayores riesgos los sufrirían las Veredas ubicadas sobre las márgenes de los ríos Azufrado y Gualí. Una vez terminada la conferencia se procedió a distribuir los volantes.

"Posteriormente con la participación del señor Alcalde Municipal se conformó una Junta provisional de Defensa Civil.

"Palocabildo:

"28-29 septiembre. Con la asistencia de la señorita Magdalena Leguizamón y del señor José Tulio Ramírez se visitó la localidad, dictando conferencias sobre los siguientes temas: doctrina de la Defensa Civil, información sobre la situación anormal del Nevado, recomendaciones de prevención, primeros auxilios y Plan Local de Emergencia. Para llevar a cabo estas charlas se utilizaron los altoparlantes de la iglesia, medio por el cual se le transmitió la información a la población (aproximadamente 250 personas) que se encontraban en la plaza, y el día domingo haciendo uso del mismo medio y siendo día de mercado el mensaje fue transmitido aproximadamente a 300 personas, además se efectuó una reunión en el salón de la Casa Campesina donde asistieron 65 personas dentro de los cuales se pueden mencionar: Inspector de Policía (Edgar Henao), Comandante de Policía (Cabo Segundo Yesid Luna Ramírez), Párroco (José Luis Rivera), y Gerente de la Caja Agraria (Hernán Sarmiento).

"02 octubre. El señor Ricardo Ortiz M., quien era el encargado del censo del río Azufrado visitó la población e insistió sobre los temas dictados en la conferencia del 28 y 29 de septiembre.

"Censo Rural Riberas del Río Azufrado:

"30 de septiembre y 01-02 octubre. Con la participación de los señores Luis Gaviria, Ricardo Ortíz, Pablo Bustos, Alvaro Muriel y voluntarios de la Junta de Defensa Civil de Villahermosa, se recorrió el lecho del río elaborando el censo de los habitantes apostados en vecindades aledañas a sus orillas y que en un momento dado estarían comprometidas por flujos de lodo, avalanchas y nubes de gases. Se visitaron las viviendas donde se les dio instrucción sobre la necesidad de vigilar el nivel del río, establecer un sistema de alarma y se dialogó y repartió el volante con principios básicos de protección.

"VERTIENTE DEL RIO GUALI

"Herveo:

"29 septiembre (19:00 Hrs). Con asistencia del señor Alcalde Municipal, Cura Párroco, Comandante de Policía, Profesores, representantes del Comité de Cafeteros y ciudadanía en general, aproximadamente unas 50 a 60 personas; los señores José de la Cruz Rodríguez, Fabio Duque y Mauricio Nieto, miembros de la Defensa Civil dictaron una conferencia que trató sobre el desarrollo evidenciado sobre el Nevado del Ruiz, los riesgos a que estaban sometidos (flujos de lodo, cenizas volcánicas, nubes de gases y otros productos de la erupción), normas básicas de prevención y sobre la necesidad de activar el Comité Local de Emergencia y la confección y puesta en práctica de un Plan de Evacuación.

"Fresno:

"28 septiembre (13:00 Hrs). El funcionario William Páez, tomó contacto con el señor Cura Párroco encargado José A. Torres G., con el Comandante de Policía, Subteniente José A. Rodríguez G., quienes manifestaron tener conocimiento del funcionamiento del Comité Local de Emergencia. Acto seguido, se dialogó con el señor Alberto Duque G. Alcalde Municipal y se hizo ver la necesidad de que la máxima autoridad del municipio debería asistir y presidir las sesiones del Comité.

"29 septiembre (10:00 Hrs). En la misa de la juventud con la asistencia de aproximadamente 50 personas se dictó la conferencia sobre el fenómeno del Nevado del Ruiz, sus riesgos y normas básicas preventivas.

"(12:00 Hrs). En la misa de los campesinos, que es transmitida por las emisoras radiales, se recalcó sobre los aspectos de prevención referentes al Nevado del Ruiz, los riesgos existentes y a la necesidad de aprender a convivir con estos riesgos, tomando siempre medidas preventivas evitando caer en la rutina para eliminar así el factor sorpresa.

"Falan:

"28-29 septiembre y 02 octubre. Se dictaron conferencias en los planteles educativos, plaza pública y Biblioteca Municipal sobre el comportamiento del volcán, sus manifestaciones, los productos de una erupción, las posibles consecuencias y los riesgos que podrían presentarse especialmente a causa de las cenizas volcánicas y flujo de lodo. Se orientó a la comunidad sobre aspectos de prevención, la implantación de sistemas de alarma y se promovió la creación de la Junta de Defensa Civil y la activación del Comité Local de Emergencia. A estas conferencias asistieron los señores: Heriberto Sandoval E. (Alcalde), S.S. Luis Alberto Martínez Suárez (Comandante Policía), Gustavo López Ramírez (Tesorero), Carlos Antonio Enciso (Personero), Guillermo Tibaquirá (Párroco). Estas charlas y orientaciones fueron dictadas por la señorita Magdalena Leguizamón, José Tulio Ramírez y Ricardo Ortiz, funcionarios de la Institución.

"Honda:

"29 septiembre (11:00 Hrs). El señor Coronel Perdomo S., Coordinador de la Defensa Civil para el Departamento del Tolima, la señorita Luz Elena Buitrago, funcionaria de la Defensa Civil se reunieron en la Alcaldía Municipal, con la señora Cecilia García de Badem, Alcaldesa, un oficial del Batallón Patriotas, el Comandante de la Policía, el Jefe de Bomberos, el Presidente de la Junta de Defensa Civil, 9 miembros de esta última Organización y 30 personas de la comunidad a los cuales se les dio información sobre la situación del Nevado, se repartieron los volantes con las normas preventivas de seguridad y se dio una conferencia sobre doctrina de Defensa Civil.

"La señora Alcaldesa informó que en la ciudad tenía un Plan de Evacuación preparado por el señor Coordinador del Tolima que se había establecido un sistema de alarma y se había asignado el Comité Local de Emergencia la ejecución del Plan si era necesario.

"Censo Rural Riberas del Río Gualí:

"29-30 septiembre, 01-02 octubre. Desde veredas ubicadas aguas arriba de la localidad de Herveo se inició el recorrido de las comisiones las cuales fueron impartiendo a lo largo del cauce las instrucciones de prevención a la comunidad procurando con ello disminuir los efectos, a la vez que se procedía a levantar un censo veredal; este recorrido se adelantó hasta proximidades de la ciudad de Mariquita.

"En estas actividades participaron los siguientes miembros de la Defensa Civil: José de la Cruz Rodríguez, Fabio Duque, Mauricio Nieto, Luis Mahecha, Carlos Barrantes y E. Meneses.

"04. El Director de la Institución visitó las ciudades de Armenia, Salento y Córdoba con el fin de coordinar con las autoridades locales y unidades de Defensa Civil el apoyo operacional ante una posible emergencia ocasionada por erupción del Volcán del Ruiz.

"El Delegado del Tolima visitó la localidad de Herveo con el objeto de renovar la mesa directiva de la Junta de Defensa Civil y hacer entrega de caretas de protección contra gases.

"07. Se despacharon botiquines de primeros auxilios a las Juntas de Defensa Civil de los Municipios de Armero, Mariquita, Ambalema y Murillo. En esta fecha el Coordinador del Departamento del Tolima señor Coronel (r) Rafael Perdomo S., visitó las localidades de Venadillo, Armero, Mariquita, Líbano, Murillo, Honda y Villahermosa con el objeto de recabar la adopción de medidas preventivas.

"Ingeominas en reunión especial con las autoridades de los Departamentos del Tolima, Caldas, Risaralda; con funcionarios de la Federación de Cafeteros, Defensa Civil, Cruz Roja, Instituto Geofísico de los Andes, Himat, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Ministerio de Obras Públicas, Minas y Petróleos, Universidad de Caldas y Nacional y con la presencia de todos los medios de comunicación, hizo entrega del mapa preliminar de riesgos volcánicos potenciales del Nevado del Ruiz. Así mismo los doctores Mosquera y Zambrano analizaron los siguientes tópicos: Estado actual de la actividad volcánica, Posible actividad futura, Historia de las Erupciones del Volcán y Tipo de riesgos.

"09. Orden de Operaciones No. 004. La Dirección Nacional emite este documento en los mismos términos en que fue concebida la Orden No. 003 y referida a visitas de reconocimientos, elaboración de censos y desarrollo de actividades de instrucción preventiva en las áreas aledañas al río Chinchiná. La Orden se ejecutó en la siguiente forma:

"VERTIENTE DEL RIO CHINCHINA

"13 octubre. La Comisión integrada por los funcionarios de la Institución Ingeniero William Varón C. y Abogado Néstor Pérez Arias visitaron la localidad de Chinchiná, donde dictaron conferencias en el Barrio La Primavera, El Mitre, y visitaron las zonas rurales de Pavas, La China, La Inquisición y Taparcal.

"En la ciudad de Chinchiná se tomó contacto con el señor Alcalde a quien se ilustró sobre el motivo de la visita y las implicaciones en beneficio de la comunidad. Se recomendó la conformación y activación del Comité Local de Emergencia para el estudio de la posible situación que viviría el Municipio por efectos de una erupción del Nevado del Ruiz; en idénticas circunstancias se llevó una charla con el Presidente de la Junta y algunos miembros.

"En compañía del señor Presidente de la Junta se visitaron las Veredas de las Pavas (Puesto de Policía), donde se dictó una conferencia a los señores Agentes de Policía sobre los efectos de la cenizas volcánicas en el sector y las medidas preventivas a tomarse para disminuir los efectos en la población. Se distribuyeron los volantes y se solicitó proseguir con esta tarea con aquellos habitantes que circularan por este cruce de caminos.

"En la Vereda La China, ubicada sobre la vía Arauca-Manizales en la confluencia con la carretera que lleva a Chinchiná lugar de expendio de comidas y bebidas, se dio la información sobre los efectos que podrían tener en la región la lluvia de cenizas volcánicas y se dictaron normas para la protección, especialmente del sistema respiratorio. Se distribuyó volantes que al respecto diseñó y confeccionó el Comité Local de Emergencia en Caldas.

"Aproximadamente a las 14:00 Hrs. se visitó el Barrio El Mitre de la localidad de Chinchiná, donde la comunidad no atendió nuestro llamado para adelantar la conferencia, optando por utilizar equipos de amplificación de sonido (megáfonos) y así hacerles llegar el mensaje sobre el estado actual del Nevado, los posibles efectos de un aumento en el caudal del río Chinchiná, la vigilancia permanente sobre esta corriente de agua e impartir las normas preventivas. Así mismo se distribuyó boletín elaborado por el Comité Regional de Emergencias de Caldas.

Aprovechando un bazar comunitario organizado por la Acción Comunal en el Barrio La Primavera, se dictó la conferencia sobre la evolución del volcán, su estado actual, los riesgos que puede generar y verse sometido el Barrio por efectos de aumentos intempestivos de los niveles del río recomendando especialmente establecer una vigilancia y sistemas de alarma para avisar a la comunidad sobre situaciones anormales y procurando con ello que los habitantes alcanzaran a evacuar hacia las alturas de las estribaciones del Cerro vecino. Se les distribuyó los volantes y se solicitó mantener estrecho contacto con las autoridades municipales y la Defensa Civil de Chinchiná, para elaborar los planes de evacuación.

"**14.** Se visitó la localidad de Palestina donde se dialogó con el señor Presidente de la Junta de Defensa Civil y el señor Cura Párroco a quienes se les solicitó divulgar la conferencia ya que la fecha de la visita que coincidió con un día festivo fue imposible reunir la comunidad y con base en que los señores mencionados manifestaron tener la suficiente información al respecto la cual había sido impartida por el señor Coordinador de Caldas. Al señor Cura Párroco se le pidió el favor de distribuir los volantes a la comunidad que asistiera a la misa y a los sectores rurales donde él asiste a la comunidad.

"Aproximadamente a las 10:00 horas se visitó el Caserío Cartagena donde se tomó contacto con miembros de la Defensa Civil de Palestina, residentes en el

lugar y se procedió a entregar los volantes por el sistema puerta a puerta en donde se daba una pequeña explicación verbal a los habitantes.

"Posteriormente se visitó la Vereda El Reposo donde existe un barrio rural construido por el Inscredial y junto con el Secretario de la Inspección de Policía se procedió a reunir a la comunidad y a dictarle la conferencia sobre el comportamiento del volcán y sus posibles consecuencias de salud que podrían implicar las lluvias de cenizas volcánicas.

"Alrededor de las 12:00 horas se visitó el Corregimiento de La Plata donde se dialogó con el señor Inspector de Policía sobre el objetivo de la comisión y utilizando el sistema de megáfono se informó a la comunidad sobre las posibles implicaciones que tendría el sector por las lluvias de cenizas volcánicas y dictando las normas preventivas consignadas en los volantes que simultáneamente se distribuyeron por el sistema puerta a puerta.

"En la Inspección de Policía La Cabaña se llevó a cabo un perifoneo y se tomó contacto con los habitantes en las residencias a quienes se les explicó la situación del Volcán Nevado del Ruiz; la misión de la Defensa Civil en estos casos y las recomendaciones sobre medidas preventivas.

"En la Región de Santaqueda por ser un lugar de recreación se tomó contacto con los Administradores y empleados del aeropuerto; Centro Recreacional Villa Beatriz a donde se impartió la información de las hojas volantes comentando los antecedentes y la situación actual del Nevado, recalcando sobre la responsabilidad de la ciudadanía y su colaboración con las autoridades y la Defensa Civil, especialmente en lo que respecta a recomendaciones para evacuación.

"En el Corregimiento de Arauca se tomó contacto con el señor Corregidor, la Policía y varios ciudadanos, aprovechando que la comunidad se encontraba en día de mercado y a través de altoparlantes se explicó la situación del Volcán; así mismo lo que ha hecho y está haciendo la Defensa Civil y las normas de prevención. Al Señor Corregidor se le ilustró sobre la forma de organizar el Comité Local de Emergencia y la elaboración del Plan respectivo.

"En el Corregimiento Colombia (kilómetro 41) se efectuó una reunión con autoridades del lugar a quienes se les explicó el motivo de la visita de la Defensa Civil. A las 14:30 horas, en la Caseta de Acción Comunal se reunieron aproximadamente 70 personas a quienes se les expuso la misión de la Defensa Civil, antecedentes y situación actual del Volcán Nevado del Ruiz, se formularon recomendaciones sobre medidas de prevención y se planteó la colaboración que la comunidad debe prestar a las comunidades y a la Defensa Civil en caso de presentarse una emergencia.

"Censo Rural Riberas Río Chinchiná:

"13-14-15 octubre. Las dos comisiones designadas para adelantar el censo en las riberas del río Chinchiná cubrieron el sector comprendido entre el Puente sobre el mencionado río a la altura de Cenicafé (Chinchiná) hasta la desembocadura del río Cauca.

"Los funcionarios destacados por la Dirección para las diferentes labores fueron: Ingeniero William Varón y Néstor Pérez Arias (Chinchiná, El Mitre, La Primavera, Las Pavas, La China, Palestina, Cartagena, El Reposo y La Plata), Señorita Luz Elena Buitrago y José Tulio Ramírez (La Cabaña, Santagueda Arauca, Colombia), y los señores William Páez, Mauricio Nieto, José de la Cruz Rodríguez, Mario García (censo rural).

"10. Por medio del Decreto 279, la Alcaldía Municipal de Pereira legaliza la constitución y funciones del Comité de Emergencia de la ciudad (anexo fotocopia). En la misma fecha la Universidad Tecnológica produce afiches concernientes a normas de prevención sobre el comportamiento de la comunidad ante la hipótesis de la erupción del Volcán del Ruiz. Se distribuyeron 5.000 ejemplares (anexo - afiche).

"11-12. Se instalaron radios de VHF en las localidades de Casabianca y Villahermosa en el Departamento del Tolima.

"16. Una comisión del Comité Regional de Emergencia del Departamento del Tolima, conformada por los doctores Hernando Betancourt, funcionario del Inscredial y voluntario de la Defensa Civil; Miguel Thomas del SENA y Oscar Pulido de Ingeominas visitaron las localidades de Armero, Líbano, Herveo, Murillo, Villahermosa, Honda, Mariquita, Falan, Palocabildo, Fresno, Ambalema y Casabianca, con el fin de evaluar los planes de emergencia en esos municipios, verificar la organización y funcionamiento de los Comités Locales y distribuir los folletos "Conozcamos y Aprendamos a Vivir con nuestro Volcán del Ruiz" (anexo).

"19. Los Delegados del Tolima y Caldas visitaron respectivamente las localidades de Villahermosa, Casabianca, Armero, Mariquita y Honda en el Tolima y Villamaría, Rioclaro y Chinchiná en Caldas, lugares en los cuales se impartieron instrucciones sobre la disciplina y la alerta en las comunicaciones por radio en caso de presentarse una erupción del Volcán del Ruiz" (Informe de la Dirección de la Defensa Civil al Señor General Ministro de Defensa en relación con el Volcán Nevado del Ruiz).

TERCERA. Que el día 13 de noviembre de 1985 a la 21:20, se desata la avalancha en las inmediaciones del cráter "... por fusión y fracturamiento del casquete glaciar..."

se registran olores a azufre en el Líbano, Anzoátegui y caída de ceniza en Armero hacia las 17:00 horas. Por orden de la Cruz Roja principia la evacuación de Armero a las 19:30 y la del Líbano a las 21:13.

La erupción fue freática o freato-magmática y la altura de la nube fue estimada en un mínimo de 11.700 metros (35.000 pies) sobre el nivel del mar. Hubo cambios en los glaciares de Lagunilla y Azufrado, los cuales se estima inicialmente que liberaron del 5 al 10% del casquete de hielo. Se informó que cayeron cenizas hasta Táchira - Venezuela (800 km N.E. del volcán). En el flanco occidental cayeron lapillis y bloques en un radio de 15 km.

Respecto del flujo de lodo que se movilizó por el cauce del río Molinos un cálculo preliminar lo estimó en 90.000 m^3. "Esta cantidad fue deducida, tomando como espesor promedio de cenizas y suelo de 2 m, con base en los datos obtenidos durante la elaboración del mapa de riesgos" (Boletín de Vías, pág. 126).

De acuerdo a lo relatado en el Informe Geológico, preparado por la Universidad de Caldas, bajo la responsabilidad del Profesor Rubén Rojas:

"– El Río Cauca aumentó su caudal 3.5 m aguas abajo de la desembocadura del Río Chinchiná y 2 m aguas arriba de esta confluencia.

"– Sobre el cauce del Río Chinchiná no se identificó el depósito de flujo de lodo correspondiente al 13 de noviembre; solamente arrojó sobre el estribo izquierdo bloques con diámetros hasta de 4 m y dispuestos en forma errática. Este flujo de lodo destruyó el puente del ferrocarril alcanzando una altura máxima de 7.2 m y una anchura de 82 m, tomando como longitud la unidad (1 m) se estimó en 560 m^2 como máximo en un instante. Las informaciones recolectadas con respecto a la duración del evento son contradictorias, algunos opinan una duración de 20 minutos y otros, algo más de 2 horas.

"– El único registro sedimentario correspondiente al 13 de noviembre está representado por un depósito de gravas (menores a 0.3 m de diámetro) en la base seguido por arena fina y finalmente lodo. Este depósito fue acumulado por corrientes turbulentas.

"– La pared del estribo derecho –único sobreviviente– del puente del ferrocarril presenta dos contrastes, su parte superior contiene una película de lodo mientras su parte inferior está limpia, lo cual indica que fue lavado después del flujo de lodo; la altura de esta pared limpia medida desde su base es de 1.8 m.

"Estación No. 2 – La Manuelita

"En este lugar se presentaron dos clases de acumulaciones de material por flujo de lodo, barras de bloques y un depósito de flujo propiamente dicho. Este último

depósito tiene un espesor de 1.2 m y presenta la siguiente secuencia: en la base arena conglomerática con gravas que tienen un promedio de 3 cm., seguida por un conglomerado soportado por arena y lodo, cuyas gravas tienen un promedio de 10 cm de diámetro; en estas dos capas no se observa pómez y además los líticos volcánicos constituyen menos del 5% de las gravas; la parte superor del depósito lo conforma arena fina conglomerática con fragmentos de pómez (3%) y un aumento de líticos volcánicos (10 - 15%).

.....

"El Río Gualí afectó a la carretera destruyéndola totalmente en longitud de aproximadamente 500 m; la carretera fue barrida totalmente y el río excavó nuevos cauces y/o destapó viejos hasta donde encontró roca sólida; antiguos cañones glaciares fueron destapados; los valles actuales son encañonados y la roca se halla arrasada por abrasión del material de carga.

"Lo mismo que sucede con el Río Gualí sucedió con la Quebrada, afluente de este, que está antes de la mina de Fe. La mina de Fe no fue afectada, ni la quebrada que pasa por ella; la quebrada enseguida de la mina de Fe bajo un pequeño flujo de lodo rico en material vegetal que siguió por la carretera pero no bajo de ella.

"Grandes velocidades de material fueron depositadas en el valle del Gualí, abajo de la carretera, pero el efecto excavador se continuó hasta donde es visible desde la carretera.

"La caída de pómez se ve en toda la carretera y su diámetro mayor es del orden contrimétrico y llega a cubrir hasta el 30% de la superficie. Se destacó el predominio de pumita de colores claros y el efecto de estas y de líticos sobre la vegetación; se observan pumitas que penetran y a veces queman la vegetación por caer aún calientes; también se observó un litoclasto que quemó vegetación".

En el estudio hecho por SMITHSONIAN INSTITUTION SEAN BULLETIN, Vol. X Nos. 9, 10, 11, 12 (1985) sobre las actividades eruptivas y LAHARES, cuya traducción se hizo por alumnos de Geología de la Universidad EAFIT, bajo la dirección de Michel Hermelin, se ilustra sobre la magnitud de la erupción, dentro del siguiente marco:

.....

"La explosión principal, comenzó a las 21:08 o 21:09 y continuó durante 20 ó 30 minutos. A cinco kms del cráter, tefras de la explosión principal llegaron a 7 cms de espesor e incluyeron fragmentos de pumita de 30 cms, pero el espesor

disminuyó con la distancia y solo fue de 1 a 2 mm de espesor en Armero (46 kms en dirección EEN del cráter) con cantidades similares en Mariquita (50 kms NE de la cima) y Honda (75 km NE). Estimativos preliminares por Haraldur Sigurdsson y Steven Carey colocan el volumen de tefras de 39 x 10^3 m^3 aproximadamente. El tiempo nublado y la falta de datos de viento cercano en noviembre 13, impidió la determinación de la altura de la columna de erupción del Ruiz. Basados en la posición de las isopletas de diámetro de las tefras, Sirgudsson y Carey infirieron que el tope de la nube de la erupción alcanzó una altura de 27 kms, pero enfatizaron que la mayoría de las tefras permanecieron probablemente en la troposfera.

"Los flujos de lodo que se movieron hacia el este en los valles de los ríos Lagunlla y Azufrado e inundaron a Armero fueron recubiertos por las trefas a distancia de 5 a 10 kms del Volcán. Sin embargo los flujos de lodo que se movieron hacia el oeste en los valles del Río Claro hacia Chinchiná, contenía pómez fresca y el flujo de lodo fluido que viajó hacia el Río Gualí erosionó tefras depositados sobre la vegetación, lo que sugiere que ambos fueron generados después de la eyección de trefas. Los flujos de Armero emergieron tanto del valle Lagunillas como del Azufrado, ríos que se unen aguas arriba de la ciudad. La primera ola de lodo, probablemente del Lagunilla, fue aparentemente más fría, de color más claro, más rica en agua y formó un depósito más extenso que la segunda ola, probablemente del Azufrado, la cual fue más caliente, de textura más gruesa y de color más oscuro. Donald Lowe estimó que el caudal en la desembocadura del río Lagunilla alcanzó cerca de 47.500 m^3 por segundo, cálculos preliminares por Sirgurdsson y Carey dan un volumen de cerca de 30 - 60 x 10^6 m^3 para los depósitos de Armero y los flujos de lodo de los valles Gualí y Chinchiná más cerca de 30 - 90 x 10^6 m^3 de agua, aproximadamente 6 a 18% del volumen de la preerupción de la capa de hielo de la cima. El flujo de lodo del Lagunilla probablemente incluía agua de un lago que había sido atrapado detrás de una represa de escombros en la parte alta de la cuenca por varios meses. Otros estimativos sugieren que cerca del 5% del hielo de la cima fue removido durante la erupción del 13 de noviembre".

B) Dentro del marco probatorio anterior y a la luz de la realidad fáctica que se deja descrita, se impone concluir que en el caso *sub-exámine* la administración no es responsable del DAÑO que se le imputa, pues el nexo causal quedó roto por una causa ajena al demandado, como lo es la fuerza mayor. Es bien sabido que cuando ésta lesiona directamente a una persona, ora porque un terremoto destruye su habitación, ora porque un huracán arranca los árboles y éstos dañan a las personas o a sus bienes, ora cuando una inundación, o la erupción de un volcán, como El Arenas, causan desastres colectivos, las víctimas se encuentran frente a hechos que no se le pueden atribuir a la Nación, ni a ninguno de los centros de imputación jurídica de la organización estatal, pues opera el principio general de derecho que enseña: "Nadie está obligado a lo imposible".

Históricamente se ha aceptado y comprendido la necesidad de eliminar la responsabilidad de quien se encuentra impedido para actuar bajo el imperio de la fuerza mayor, que tiene como característica esencial la de **LA IRRESISTIBILIDAD.** Por ello Ulpiano la definía diciendo: *"OMNEN VIM CUI RESISTI NON POTEST"* (toda fuerza que no puede resistirse). También en el antiguo derecho francés Emérigon, en su Tratado de los Seguros y del Préstamo a la gruesa enseñaba: **"SE LLAMA FUERZA, VIS MAYOR, AQUELLA A LA CUAL NO SE PUEDE RESISTIR".**

En el caso *sub-exámine* el sentenciador encuentra debidamente demostrado que el perjuicio no se debe al hecho de la administración, pues la causa de la tragedia, aunque previsible, le fue irresistible. Ya se destacó en antes que frente a la reactivación del volcán Nevado del Ruiz, a fines de noviembre de 1984, la Defensa Civil Colombiana programó conferencias para ilustrar a las autoridades y a los integrantes de la comunidad sobre la manera como debían actuar en caso de emergencia, se instalaron equipos de radio VHF en las localidades que podrían verse afectadas, se hicieron inspecciones aéreas al área comprometida, se trajeron al país científicos extranjeros para que estudiaran la situación e hicieran las recomendaciones de rigor, se elaboraron volantes con normas de prevención y protección, se enviaron a las Delegaciones de la Defensa Civil de Tolima, Caldas, Quindío y Risaralda cobijas, manilas, botiquines, plantas eléctricas, bolsas plásticas, catres plegables y dinero en efectivo, todo dentro del marco de posibilidades de la institución, etc, etc. Así las cosas, no puede el sentenciador aceptar que la administración haya sido PASIVA en el manejo de la situación. La mente humana no alcanza a imaginar qué medidas habría podido tomar LA NACION para impedir que los lahares viajaran por los flancos de 11 valles y para que el primer depósito de lodo, que alcanzó a Armero, que inicialmente fue frío, no se volviera cada vez más caliente, humeante o escaldante. ¿Cómo haber evitado, por ejemplo, el ruido espantoso y la ráfaga de viento que según el residente E. Nieto, golpeó a la población, y el fuego que caía del cielo? ¿Cómo se habría podido evitar que los lahares avanzaran entre 30 y 35 km por hora? ¿Habría podido la administración evitar que una nube que contenía más de 0.5 x 10 toneladas métricas de SO^2, cubriese una zona de 650.000 km^2 que se extendió al NE y ligeramente al SW del volcán? ¿Se habría podido impedir el aumento del cráter hasta cerca de 300 metros en diámetro y 200 m en profundidad? ¿Cómo hacerle frente al cambio que se registró en los glaciares de Lagunillas y Azufrado, que liberó del 5 al 10% del casquete de hielo? ¿Se habrían podido tomar medidas para evitar la movilización de lodo por el cauce del Río Molinos, cuyo cálculo como ya se anticipó en otro aparte de esta providencia se estimó en 90.000 m^3? ¿Cómo haber impedido la magnitud de la tragedia que comprometió a 200.000 personas que, en distinto grado y en forma directa o indirecta, resultaron afectadas, y generó daños que fueron estimados en 35.000 millones de pesos, sin contar el lucro cesante de las empresas de servicios, ni el bienestar perdido por la comunidad desprovista de ellos, ni las pérdidas de aquellas poblaciones afectadas en menor grado, como Honda, Mariquita, Murillo, Villamaría y otras, para utilizar las mismas palabras del Señor

Presidente de la República, cuando instaló las sesiones especiales del Congreso de la República?

En este momento del discurso judicial debe quedar en claro que para la Corporación tampoco es de recibo el argumento de que la administración ha debido ordenar la evacuación de los habitantes, cuyas existencias estaban comprometidas con la situación anormal que registraba el volcán Nevado del Ruiz. A ella, como reiteradamente lo ha predicado la Sala, no se le puede exigir que HAGA LO IMPOSIBLE. ¿Se habría podido ordenar, por ejemplo, en marzo de 1985, cuando el científico JOHN TOMBLIN, rindió su informe sobre el citado volcán, que los habitantes de Armero desocuparan en su totalidad la ciudad? Acaso no dice él en su estudio, bajo el rubro "INTERPRETACION" que "... la actividad del Volcán Ruiz es anormal y corresponde a los eventos típicos precursores de una erupción de magnitud...", pero que: "... dichos eventos precursores **se presentan típicamente algunos meses o a veces más de un año antes de una erupción violenta, pero APROXIMADAMENTE UNO SOLO DE CUATRO CASOS DICHOS EVENTOS "PRECURSORES"** DESEMBOCA EN UNA ERUPCION DE MAGNITUD"?

Acaso en octubre 2 de 1985 el científico de la UNDRO, doctor J. F. Tomblin, no informó que: "... por ahora no había peligro inminente de erupción..."?

El Honorable Representante doctor Hernando Arango Monedero, en su intervención en la Cámara de Representantes, en la sesión que tuvo lugar el día primero (1o.) de octubre de 1985, habló de una ZONA ROJA con un radio máximo de 10 kilómetros. "... NO VA MAS ALLA, es el área en la cual se sienten los temblores fuertes derivados de la actividad volcánica, **Y POR LO QUE LAS AREAS QUE ESTAN FUERA DE ESOS 10 KILOMETROS, NO TIENEN NADA QUE TEMER FRENTE A TERREMOTOS, TEMBLORES O ALGUN OTRO MOVIMIENTO QUE SE PUEDA DAR POR RAZON DE LA ACTIVIDAD VOLCANICA;** eso reitera entonces a la mayor parte de las poblaciones de Colombia, E INCLUYE UNICAMENTE AL MUNICIPIO DE MURILLO, en el Departamento del Tolima, y afecta toda la zona ganadera y agrícola del alrededor del volcán en actividad".

El mismo parlamentario, en la citada intervención, analizó las posibilidades y efectos que podrían darse con ocasión de los DESHIELOS y destacó:

> "Decía que sobre las nieves, sobre los hielos, muchos de ellos de gran profundidad en el Volcán Nevado del Ruiz, si sobre ellos cae lava, se presentarán una serie de fenómenos, pero si sobre ellos simplemente hay calor, vamos a tener los deshielos paulatinos que **VAN A AUMENTAR LIGERAMENTE EL CAUDAL DE LOS RIOS QUE TIENEN SU ORIGEN EN EL MACIZO DEL RUIZ, Y PODRAN SER OBSERVADOS POR LOS QUE HABITAN EN LAS RIVERAS DE LOS RIOS Y PODRAN PROTEGERSE.** Sin embargo, hay un peligro fenomenal que es el deshielo súbito".

No obstante todos sus presentimientos y la seriedad de su exposición, en ningún momento demandó del Estado que ordenara la evacuación de las gentes amenazadas por los fenómenos de la naturaleza. Se movió siempre en el campo de lo que podría ocurrir, de la incertidumbre, como era apenas natural. Pero es más. El Honorable Representante JAIME RAMIREZ ROJAS, quien lo sucedió en el uso de la palabra, al discurrir sobre la misma temática y analizar los mismos TEMORES, dijo:

> "Pero veamos qué hacer entonces en este momento, y valga la pena la amenaza, no para que se vaya a volcar sobre el Departamento de Caldas medio país de pronto, LO QUE NOS ESTA AMENAZANDO NO SE PUEDE DETENER...".

A renglón seguido el citado parlamentario argumenta, para defender su conclusión, dentro de la siguiente óptica:

> "... hay fenómenos que se están produciendo en este momento y que amenazan gravemente a 16 Departamentos de Colombia que amenazan directa o indirectamente alrededor de TRES MILLONES DE HABITANTES. Desde Barranquilla hasta Ibagué, desde Magangué hasta más arriba de Cartago...".

En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión reviste mayor importancia que la de la propia ley, vale la pena apreciar apartes del universo que tuvo la conferencia que el Dr. DARRELL G. HERD dictó el día 23 de septiembre de 1985 ante el Señor Gobernador del Departamento de Caldas, en la cual, al preguntársele sobre SUS RECOMENDACIONES, dijo:

> "Las recomendaciones deben ser dadas directamente por el grupo de científicos. MEDIDAS TALES COMO EVACUACION Y TRASLADOS DE CONGLOMERADOS HUMANOS dependerán del grupo involucrado... Si por mí fuera recomendaría la evacuación de zonas influenciadas por el Río Azufrado, **PERO NO ESTOY SEGURO SI SEA LO MAS APROPIADO, YA QUE SE INVOLUCRAN OTROS FACTORES.** Por ejemplo, UNA ACCION PREMATURA DE ESTA NATURALEZA PODRIA TENER EFECTO CONTRAPRODUCENTE EN LA POBLACION. La situación del volcán se puede empeorar más tarde con respecto a la de ahora. Lo mejor es observar y estudiar lo que está pasando... La evacuación en la que pienso para hacer en este momento sería en los primeros 5 kilómetros en los cauces originados en el Nevado del Ruiz, DONDE HAY POCA GENTE Y SU EVACUACION PUEDE HACERSE CON FACILIDAD.
>
> "Si el volcán se convirtiera en amenaza mayor, el grupo de científicos podría recomendar evacuaciones en otros valles, tales como del Lagunilla, Recio, etc., pero en este momento la amenaza mayor se presenta en el Azufrado, donde se pudiera efectuar la evacuación preventiva de los 5 primeros kilómetros.

"EXISTE TAMBIEN LA PREOCUPACION DE QUE UNA RECOMENDACION DE ESTE TIPO PUEDA OCASIONAR PERJUICIOS ECONOMICOS E INCREDULIDAD, SI NO SUCEDE REALMENTE ALGO" (Boletín de Vías, Vol. XIII No. 56, página 99).

Para la Sala es importante retener que en el período comprendido entre el 8 de octubre y el 10 de noviembre de 1985, y según el Informe de Actividades Desarrolladas por INGEOMINAS, no se vivenció una amenaza mayor, como se desprende de los siguientes apartes tomados del mismo, en los cuales se lee:

"La fumarola del cráter Arenas, que a fines de septiembre alcanzaba alturas hasta de 4 kms se ha reducido paulatinamente hasta una altura aproximadamente de 0.8 a 1.5 km con excepción de los días 20 y 21 de octubre en los cuales alcanzó casi 2.0 km, coincidiendo en el tiempo con un aumento de la actividad sísmica.

"Las emisiones de cenizas se han reducido proporcionalmente con la altura de la fumarola y al principio de noviembre estaban reducidas a los alrededores del cráter.

"No se han observado sitios de emisión de gases distintos a los localizados en el interior del cráter que puedan indicar alguna debilidad estructural somera o conductos laterales.

"El control de temperaturas del suelo mediante termosondas no ha mostrado valores que indiquen calentamiento alguno en el subsuelo de las inmediaciones más accesibles al volcán.

"El canal de los ríos que drenan el casquete glaciar se incrementó posteriormente a la emisión de cenizas del 11 de septiembre, pero en la mitad de octubre, una vez estas fueron lavadas o cubiertas por nieve, volvió a sus niveles normales, confirmándose de esta manera que el deshielo inicial se debía a absorción de calor debido a la coloración gris oscura y no a flujo de calor subterráneo.

"La masa glaciar perteneciente a la cuenca del Río Azufrado se ha reducido de manera considerable (por lo menos un 30%), disminuyendo en consecuencia el riesgo máximo de inundación en la ciudad de Armero.

"El represamiento del Río Lagunillas, provocado por causas ajenas al Volcán del Ruiz, no representa una amenaza inminente de rompimiento del dique puesto que bajo condiciones normales, el río no tiene capacidad para remover los enormes bloques de roca que lo forman.

"La observación visual y control de caudales en el Río Recio se hace sumamente difícil por problemas de acceso.

"El acceso al cráter es sumamente riesgoso ya que se pueden presentar explosiones locales relativamente violentas, por lo tanto, se debe permitir el acceso únicamente a personas encargadas del estudio del volcán bajo previo reconocimiento aéreo o de las condiciones sismológicas locales.

"De manera preliminar, las aguas de la quebrada La Hedionda y el Río Azufrado, presentan variaciones de temperatura menos susceptibles a los cambios de temperatura ambiente y pueden tener mayor relación con la actividad fumarólica que los otros drenajes muestreados". (INGEOMINAS - Estudio de los riesgos volcánicos potenciales del Volcán Nevado del Ruiz, folio 28, Cdno. 3).

Dentro del marco anterior se impone concluir, como ya se anticipó, que, en el caso *sub-exámine*, LA FUERZA MAYOR ES LA UNICA CAUSA DEL DAÑO. Por parte alguna se aprecia la FALTA DE LA ADMINISTRACION. Como reiteradamente lo ha predicado la Corte Suprema de Justicia, "Para radicar la responsabilidad es necesario establecer que un perjuicio es causado por una determinada culpa, porque sin esa relación de causalidad no habría lugar a la indemnización correspondiente. El caso fortuito o la fuerza mayor excluye la responsabilidad por falta de la relación de causalidad entre la culpa y el daño..." (Sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 442).

"Al definir la ley como caso fortuito o fuerza mayor el IMPREVISTO a que no es posible resistir, LO IMPREVISTO DE QUE TRATA ESTA DISPOSICION NO SIGNIFICA QUE EL HECHO A QUE SE ATRIBUYE AQUEL CARACTER SEA DESCONOCIDO, sino que, POR SER INOPINADO U OCASIONAL, no se sabe o no puede preverse cuándo ni en qué circunstancias podrá acontecer, y una vez presentado es absolutamente irresistible, como ocurre verbigracia con un naufragio en el mar" (Casación, 18 de marzo de 1925, XXXI, 186).

La nota de IMPREVISIBILIDAD se da también con todo su universo, en el caso *sub-exámine*, pues ya se dijo, en otro aparte de esta sentencia, cómo durante el período comprendido entre el 8 de octubre y el 10 de noviembre de 1985, esto es, pocos días antes de la tragedia, la fumarola y las emisiones de cenizas, lo mismo que la emisión de gases, se redujeron en forma sustancial. Así las cosas, no se podía exigir de la administración que evacuara a la población precisamente en los momentos en que menos parecía que se desataran las fuerzas de la naturaleza.

C) Para darle más fuerza de convicción a la sentencia, el *ad-quem* encuentra que, dentro del universo que tiene *¡LA CAUSA PETENDI!*, y frente a la causal exonerativa de FUERZA MAYOR, las víctimas también optaron por ASUMIR EL RIESGO, frente a la tragedia que presentían. Y se afirma lo anterior, porque en el punto décimo de la demanda, se lee:

"¡Como bien podría decirse, parodiando el título de la obra de nuestro gran literato GABRIEL GARCIA MARQUEZ, ¡la triste crónica de una tragedia anunciada !... La EVACUACION de las Zonas de riesgo inminente, era medida precautelativa sugerida por los Estudios Técnicos... El fenómeno no es inesperado, puesto que había sido materia de Estudios suficientes; sobre él se había operado un mediano seguimiento, **pero todas las evidencias indicaban probabilidad seria de acontecer; tenía antecedentes históricos de ocurrencia, pero desafortunadamente el Estado, no obstante, desechando autorizados razonamientos no cumple con su obligación ineludible;** y, en consecuencia, se opera el término de relación con todas las personas víctimas del daño ocasionado por tan inocultable emisión".

Para la Sala y frente a la tragedia de Armero, es hecho notorio que muchas personas, frente al peligro que se anunciaba, se resistieron a abandonar sus parcelas y sus bienes. Se apegaron a ellos, desobedecieron las órdenes que la autoridad les impartió, para que buscaran refugio más seguro, ejercitando así su derecho de ELECCION, que fue respetado por la autoridad pública. Al haber procedido así, ésta no realizó ninguna conducta antijurídica que pudiera servir de apoyo a una sentencia de condena. Si la administración hubiese desatendido las ¡regularidades que se observan en el comportamiento humano!, para utilizar la conceptualización de GINO GERMANI, habría podido asistir a un proceso de desintegración social, con todas las consecuencias negativas que ello podría traer para la comunidad.

D) En la obra de los Hermanos Mazeaud, Tomo 11, Volumen 11, 1963, se lee que:

"¡Cuando un caso de fuerza mayor lesiona directamente a una persona, así un terremoto que destruye una casa, un huracán que arranca de cuajo los árboles, una inundación que causa devastaciones, **LA VICTIMA NO PUEDE, EVIDENTEMENTE, PEDIRLE REPARACION A NADIE.** Soportará todo el peso del daño, **A MENOS QUE EL ESTADO O ALGUNOS PARTICULARES ACUDAN EN SU SOCORRO, y es preciso señalar aquí la tendencia del legislador moderno que consiste en asegurar la indemnización de las víctimas de los cataclismos,** o hasta las víctimas de los accidentes individuales de toda índole! (Subrayas de la Sala).

No obstante que la Constitución Nacional de 191, en su artículo primero (1o.), define a Colombia como un ESTADO SOCIAL DE DERECHO, esto es, de Bienestar, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, en el trabajo y LA SOLIDARIDAD, es lo cierto que hasta el momento no se ha promulgado norma alguna que se oriente a asegurar a las víctimas de tragedias nacionales, la indemnización de los perjuicios que con las mismas se causen. Sería bueno y conveniente que el legislador se ocupara de la materia, para poner legalmente en marcha la filosofía de LA SOLIDARIDAD, entendida ésta en su esfera general, con el fin de precisar ¡QUE TIPOS DE INTERESES SON LOS QUE PUEDEN SER SUBSUMIDOS!, como lo

enseña el profesor RAFAEL DE ASIS ROIG, en su obra ¡LAS PARADOJAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LIMITES DEL PODER! (Editorial Debate, pág. 130).

En el caso *sub-exámine* es hecho notorio que el Gobierno Nacional, en su momento, dictó medidas orientadas a ¡... la reconstrucción de las zonas afectadas por la actividad volcánica del Nevado del Ruiz...!, como se lee en el Decreto No. 3406 de 24 de noviembre de 1985. A través de esta normatividad se creó ¡EL FONDO DE RECONSTRUCCION ¡RESURGIR!, que tuvo como finalidad ¡... la financiación de las actividades y obras que requiera la rehabilitación social, económica y material de la población y de las zonas afectadas...!

El universo que LA SOLIDARIDAD tiene lo puso de presente, en esa ocasión, el Señor Presidente de la República, en su intervención televisada del 24 de noviembre de 1985, cuando al dirigirse al país dijo:

> "¡De todos modos, nos lo dice nuestra mente, nos lo golpea el corazón, el duelo es por quienes sufren y mueren, pero también es por nosotros mismos, y eso se ha reconocido a lo largo del siglos. Por quienes tenemos que sobrellevar la magnitud del desastre, sobreponernos a él e iniciar sin demora la reconstrucción mirando al porvenir... **Y como corresponde a la entereza del pueblo colombiano, con valor, con decisión, con energía, lo estamos haciendo, centrándonos de nuevo todos y cada uno, y con ello centrando institucionalmente al país.**
>
> "Hay algo fundamental, y es que **LA SOLIDARIDAD INTERNA E INTERNACIONAL** se ha convertido desde el primer momento en un torrente de buena voluntad, inteligente, ordenado, por parte de gobiernos, de instituciones, de particulares. Se nos envía mucho de lo que se necesita, que es prácticamente todo, y se sigue ofreciendo más... Todo tiene su tiempo y su momento, cada cosa bajo el sol, dice el Eclesiastés, el Libro Santo. Por ahora, en medio de la pena, tenemos que trabajar con fuerza casi sobrehumana y con gran inteligencia, en la obra de reconstrucción. **Esta obra tiene muchas caras: reconstruir las vidas, en salud, en trabajo, en vivienda, de quienes resultaron damnificadas, quedaron con las manos vacías; ayudar a los que quedaron sin trabajo, a conseguirlo; apoyar con crédito barato a los empresarios grandes, medianos y pequeños, especialmente agricultores, que daban impulso económico a las regiones afectadas, pensar en el futuro de tanto niño. En fin, la tarea es gigantesca"** (Subrayas de la Sala).

Frente a LA FUERZA MAYOR QUE EXIME DE RESPONSABILIDAD y ante la ausencia de norma legal que ASEGURE LA INDEMNIZACION A LAS VICTIMAS DE LOS CATACLISMOS, el país tiene que educarse cada día más en

la FILOSOFIA QUE INFORMA LA SOLIDARIDAD. El fundamento de la sociedad moderna no puede ser el INSTINTO, NI LA CARIDAD, NI LA AMISTAD. Tampoco LA FRATERNIDAD, que tanto inspiró a los ideólogos de la Revolución Francesa. Como lo enseña bien IGNACE LEPP, en su obra "La Comunicación de las Existencias", él radica en LA SOLIDARIDAD. "Bajo su égida los hombres se agrupan juntos o se oponen a otros grupos. Y a veces la conciencia de la solidaridad abre el camino a un heroísmo auténtico... La noción de SOLIDARIDAD implica, por lo tanto, la idea de una comunidad de intereses. Puede existir solidaridad auténtica entre gente que no se conoce, que ni siquiera se interesa por los otros, pero tiene con ellos intereses en común... El mismo Estado moderno ha dejado de ser una COMUNIDAD, UNA PATRIA, para convertirse en un tejido de SOLIDARIDADES. En la historia de la humanidad, se conocerá probablemente al siglo XX como el siglo de LA SOLIDARIDAD..." (Obra citada, pág. 54 y ss).

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) **CONFIRMASE** la sentencia calendada el día veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este fallo.

2o) Ejecutoriada la presente sentencia, 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; *Julio César Uribe Acosta, Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido pueden consultarse las providencias de fecha agosto 11 de 1994 Exp. 8718 y agosto 19 de 1994, Exp. 9275, Consejero Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, entre otras.

INDEBIDA REPRESENTACION–Inexistencia/**PODER**–Requisito/**ESTADO**–Parte Demandada/**ENTIDADES PUBLICAS**–Indeterminadas/**FALLO INHIBITORIO**–Improcedencia

El hecho de que los demandantes hubiesen indicado en el poder otorgado a su apoderado judicial que la demanda debía dirigirse contra el Estado sin señalar concretamente cuáles eran las entidades públicas demandadas, no puede conducir a un fallo inhibitorio, en la medida en que en el poder se encuentra determinado claramente el objeto del proceso, sin que pueda confundirse con otro, cumpliéndose con lo dispuesto en el artículo 65 del C. de P. C. Los requisitos para el otorgamiento del poder se encuentran contenidos en dicha norma y no puede el juzgador hacer respecto del poder las mismas exigencias que se consagran en el artículo 137 del C.C.A. para la demanda.

EXCEPCION/INDEBIDA REPRESENTACION–Inexistencia/**PARTE ACTORA/SOCIEDAD CESIONARIA/CESION DE DERECHO**

No puede hablarse aquí de indebida representación de la parte actora, si se tiene en cuenta que la sociedad reconocida en el proceso como cesionaria de los derechos litigiosos de los demandantes originales al conferir poder al mismo apoderado de aquéllos manifestó expresamente ratificar todas las actuaciones del citado apoderado.

EXCEPCION–Improcedencia/**FALTA DE JURISDICCION/HECHO PARTICULAR/HECHO ADMINISTRATIVO/ACCION DE REPARACION DIRECTA/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA**

Si la demanda de reparación directa fue formulada contra la Nación (representada por el Ministerio de Minas), el Departamento del Tolima

y el Municipio de Chaparral, resulta evidente que de ella debía conocer la jurisdicción contencioso administrativa, por lo cual esta excepción no podía tener prosperidad. El argumento expuesto por la parte excepcionante en el sentido de que la responsabilidad de los daños ocasionados a los demandantes era de los mineros particulares y no de las entidades públicas demandadas, no corresponde formalmente a la excepción de falta de jurisdicción, ya que en el fondo se le imputa a la Administración responsabilidad por los mismos hechos.

EXCEPCION/COSA JUZGADA–Improcedencia

Considera la Sala que en la demanda se deslinda claramente el objeto del primer proceso tramitado entre las mismas partes, de lo pretendido por los demandantes al instaurar esta segunda demanda. Tratándose entonces de objetos distintos no hay lugar a declarar probada esta excepción.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA–Inexistencia/**OMISION ADMINISTRATIVA**–Inexistencia/**PETICION DE PARTE/DERECHO DE PROPIEDAD/BIEN INMUEBLE/EXPLOTACION AURIFERA/ACTIVIDAD MINERA/EXPLOTACION DEL SUBSUELO/SERVIDUMBRE/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS**–Improcedencia

La Administración no puede resultar condenada a pagar perjuicios por omisión, cuando en cierta forma ni siquiera se le ha concedido la oportunidad legal o no se le ha colocado en la situación de cumplir determinada obligación. Los demandantes son propietarios del inmueble ocupado por los mineros amparados por una licencia estatal. Ellos, como bien lo anota la parte pasiva, no son propietarios del subsuelo que pertenece a la Nación, la cual puede conceder en consecuencia este tipo de licencias. Y la ley, como también quedó anotado anteriormente, otorga a la actividad minera el rango de actividad de utilidad pública y de interés social; lo que, lo explica que los titulares de dicho derecho de dominio deban soportar la explotación del subsuelo de sus predios, mediante los procedimientos establecidos en ella misma pudiendo obtener de los mineros la indemnización de los perjuicios que el desarrollo de sus actividades ocasione en sus predios. No pueden, entonces, los titulares del derecho de dominio solicitar indemnización de perjuicios al Estado, por el desarrollo de actividades que están reguladas y permitidas en la ley.

DERECHO DE PROPIEDAD/BIEN INMUEBLE–Invasión/**RESTITUCION DE INMUEBLE**–Inexistencia/**ACCION POLICIVA**–Ineficacia/**ACCION POSESORIA**–Requisitos/**OMISION ADMINISTRATIVA**–Inexistencia/**FALLA DEL SERVICIO**–Inexistencia

Los propietarios del predio invadido debían haber ejercitado las acciones legales correspondientes para recuperar la posesión del inmueble y sólo ante una decisión judicial o administrativa que ordenara la restitución del inmueble a los particulares y que fuera incumplida por el Estado, podría hablarse de una conducta omisiva constitutiva de falla del servicio. Aquí la acción policiva instaurada por los demandantes no tuvo ese objeto. No puede la Sala pensar que los demandantes pretendieran realmente por este solo medio obtener la restitución de la posesión de su predio. La omisión, que evidentemente puede configurar falla del servicio, en casos como el aquí estudiado, sólo constituye falla cuando se ha acudido a las vías legales y ante las autoridades competentes a solicitar la acción del Estado y ésta no se obtiene.

EXPROPIACION INVERSA/PRETENSION–Improcedente/**BIEN INMUEBLE/ACCION DE REPARACION DIRECTA**–Especie/**OCUPACION DE HECHO**–Asimilación/**OCUPACION PERMANENTE**–Asimilación/**DERECHO DE PROPIEDAD**–Gravamen

La legislación colombiana no consagra la acción planteada por el demandante, que se presenta como un tipo de expropiación a la inversa, esto es, provocada por el particular interesado en que el Estado adquiera un inmueble de su propiedad. El Código Contencioso Administrativo contempla dentro del proceso de reparación directa la acción específica para lograr la reparación de perjuicios cuando estos se causen por ocupación permanente de una propiedad; y en este caso, de conformidad con el artículo 220 del Código, si la sentencia ordena el pago al particular del inmueble ocupado o de parte de él, y la misma sentencia servirá como título traslaticio del dominio a la entidad demandada. Esta acción denominada de ocupación de hecho por trabajos públicos, como ya lo ha dicho la Sala, puede utilizarse en el caso en que, no obstante no ser la entidad de derecho público la que materialmente ocupa el predio, los efectos de su conducta irregular o las consecuencias de su falla son similares por cuanto el particular resulta, por dicha falla, privado del derecho de dominio que ejerce sobre su bien.

SUSTITUCION PROCESAL/PARTE DEMANDANTE/DERECHO LITIGIOSO/CESION DE DERECHO/*LITIS* CONSORTE/PARTE DEMANDADA–Aceptación Expresa

La sustitución de la parte demandante, admitida por el *a-quo* requería de la aceptación expresa de la parte pasiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil.

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6806 - Indemnizaciones. Actor: Olga Bernal de Unda y Otros. Demandada: La Nación - Ministerio de Minas y Energía, Departamento del Tolima y Municipio de Chaparral.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Minas y Energía, el Departamento del Tolima, el Municipio de Chaparral y la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 29 de mayo de 1991, la cual en su parte resolutiva dispuso:

> *"1.– ACEPTAR el desistimiento que presentó el señor apoderado de la parte demandante de las pretensiones 4a. y 5a. de la demanda.*
>
> *"2.– NEGAR las excepciones propuestas por los demandados.*
>
> *"3.– DECLARAR a la Nación representada por el Ministerio de Minas y Energía, al Departamento del Tolima y al Municipio de Chaparral, solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados a Eduardo Bernal Arango, Jorge o José Jorge Bernal Arango, Pablo o Pedro Pablo Bernal Arango, Gustavo Bernal Arango, María Teresa Bernal de Calle, María del Carmen Olga Bernal de Unda, Clara Eugenia Bernal de Arjona y María Cristina Bernal de Jaramillo, sustituidos dentro del proceso por la sociedad comercial RISAL S.A., domiciliada en Bogotá, y actual propietaria de la finca SANTA ROSA, y representada por su Gerente Gustavo Bernal Arango, por hechos que da cuenta la demanda.*
>
> *"4.– CONDENAR a pagar a los demandados solidariamente la suma de ONCE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($11'297.675.oo) por concepto de lucro cesante a la sociedad comercial RISAL S.A., representada por el señor Gustavo Bernal Arango o quien haga sus veces.*
>
> *"5.– Se dará cumplimiendo a los artículos 176 y 177 inciso final del C.C.A. y,*
>
> *"6.– NEGAR la segunda pretensión inciso primero del libelo demandatorio".*

ANTECEDENTES:

1.– La demanda que dio origen al proceso, presentada el día 3 de noviembre de 1988, persigue que se declare a las entidades demandadas, NACION COLOMBIANA

REPRESENTADA POR EL MINISTERIO DE MINAS, DEPARTAMENTO DEL TOLIMA y MUNICIPIO DE CHAPARRAL, solidariamente responsables de los perjuicios sufridos por los demandantes, en su condición de propietarios de la hacienda SANTA ROSA, ubicada en la circunscripción territorial del municipio de Chaparral (Tolima), por la *"explotación aurífera ilegal, tolerada y aun auspiciada por las autoridades públicas y realizada por una serie sucesiva de invasiones que cubre en la actualidad el 60% de la mejor área ganadera de la Hacienda y frente a las cuales el Estado no brindó protección".*

Como consecuencia de lo anterior, se pide que las entidades demandadas sean condenadas a pagar el valor de la hacienda, con deducción de lo pagado por daño emergente, según la sentencia del 8 de febrero de 1985.

Igualmente, se solicita en la demanda que se disponga la transferencia a las entidades demandadas del dominio de la Hacienda objeto de proceso y que en consecuencia la sentencia sea inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

2.– Los hechos en que se fundamentan las anteriores pretensiones, se sintetizan así:

A.– En el año de 1975, cuando la finca objeto del proceso, que en dicha época pertenecía a PEDRO BERNAL ESCOBAR, se encontraba en plena capacidad productiva, comenzó a ser invadida por personas que empezaron a realizar exploraciones en búsqueda de oro por el sistema de excavaciones, sin consentimiento del propietario y sin licencia del Ministerio de Minas, ocasionando perjuicios al predio en un área de 337 hectáreas.

B.– PEDRO BERNAL ESCOBAR, inició entonces una acción de reparación directa de única instancia ante el Consejo de Estado, el cual en sentencia del 8 de febrero de 1985 condenó a la parte demandada a pagarle, por concepto de daño emergente actualizado, la suma de OCHO MILLONES CIENTO DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($8'117.811,50).

C.– Los invasores no fueron desalojados por las autoridades competentes, sino que por el contrario éstos aumentaron y en los últimos dos años alcanzaron a cubrir un 60% de la parte plana de la hacienda, volviendo antieconómica su explotación. *"En síntesis* –señala la demanda– *de las 336 hectáreas afectadas. hasta la fecha de la anterior sentencia del Consejo de Estado, dicha área alcanza hoy las 900 hectáreas, sobre una superficie total de 1.649.730 m²".* Lo anterior trajo como consecuencia la imposibilidad de explotar económicamente la hacienda, quedando sus propietarios privados del derecho de usufructuarla.

D.– La explotación de oro que se realiza en la hacienda Santa Rosa, no está amparada por autorización o licencia del Ministerio de Minas, pero se desarrolla con

su conocimiento, pues *"en el mismo sitio funciona una inspección o dependencia de dicho Ministerio que nada hace para impedir las actividades ilegales de los explotadores"*.

E.– El anterior propietario, PEDRO BERNAL y sus herederos, que son quienes instauran la presente demanda, solicitaron amparo policivo a las autoridades del municipio de Chaparral, sin obtener protección de ninguna clase, pues dicho municipio no profirió ninguna decisión de fondo, fundamentando su rechazo en argumentos de tipo formal.

3.– El Ministerio de Minas al dar respuesta a la demanda (Folio 214), propuso las siguientes excepciones:

A.– Inexistencia de causa legal para la acción pretendida.

Para fundamentar esta excepción, señaló que los mineros que realizaban labores de explotación en el predio de propiedad de la parte actora, contaban para tal fin con licencia No. 11717, expedida en favor de ASOCIACION EMPRESARIAL DE MINEROS ATACO-CHAPARRAL, por la gobernación mediante la resolución No. 0024 del 26 de mayo de 1988, cuya copia fue allegada al expediente (F. 199). Al no ser la parte actora propietaria del subsuelo, debía hacer acordado con los titulares de la licencia el pago de la correspondiente servidumbre en los términos del decreto 2477 de 1986, pues es al minero a quien le corresponde el pago de los perjuicios que se causen con el ejercicio de la servidumbre, de acuerdo con lo normado en el artículo 186 del mencionado decreto.

Expresó igualmente que los demandantes no formularon ningún tipo de oposición durante el trámite de la licencia concedida a los mineros, y que la acción policiva adelantada por los citados demandantes fue legalmente rechazada.

B.– Cosa Juzgada.

Esta excepción se fundamenta en que, por los mismos hechos, el señor PEDRO BERNAL, que es el padre de los demandantes y de quien ellos derivaron el derecho de dominio en el inmueble, instauró un proceso ordinario contra las mismas entidades demandadas, el cual se tramitó en el Consejo de Estado y se radicó bajo el No. 3504; y, la sentencia pronunciada en el mismo decretó la indemnización pedida por el demandante.

4.– El departamento del Tolima y el municipio de Chaparral contestaron conjuntamente la demanda (f. 232) y formularon las siguientes excepciones:

A.– **Indebida representación de la parte demandante.**

Se señala que es irregular el poder conferido por los demandantes a su apoderado judicial, por cuanto en el mismo se indicó como parte demandada el Estado, sin expresar cuál entidad estatal concretamente debía ser demandada.

B.– **Falta de jurisdicción.**

Se indica que la acción ha debido instaurarse ante la justicia ordinaria y contra los particulares ocupantes del predio SANTA ROSA, en aplicación del decreto 2477 de 1986.

> *"No fue pues, que la protección hubiera faltado, sino que ésta no se solicitó en la forma establecida en el estatuto minero que consagra los procedimientos cuyos textos ya fueron objeto de análisis".*

C.– **Falta de legitimación por pasiva.**

Se fundamenta esta excepción en que el Departamento del Tolima ejerce algunas funciones en materia minera, por delegación expresa del Ministerio de Minas, en los términos del decreto 1633 de 1971, modificado por el 3514 de 1981; normas éstas que determinaron que las funciones de inspección y vigilancia continuarían siendo ejercidas por el Ministerio.

Se expresa además que, de acuerdo con el artículo 218 del Decreto 2477 de 1986, los actos expedidos por los gobernadores en ejercicio de funciones delegadas se deben considerar como actos administrativos de agentes o funcionarios del orden nacional.

D.– **Cosa juzgada.**

Fundamentada, al igual que en la contestación de la demanda del Departamento, en la sentencia proferida dentro del proceso No. 3405.

E.– **Caducidad.**

Se indica que, respecto de las omisiones administrativas ocurridas con anterioridad al mes de noviembre de 1986, se encontraría vencido el término de caducidad señalado en el artículo 136 del código contencioso administrativo.

5.– Antes de vencer el período probatorio, los demandantes allegaron al proceso copia auténtica de la escritura pública No. 2.225 otorgada el 28 de julio de 1989 en la Notaría treinta y cinco del círculo de Bogotá, mediante la cual vendieron el predio objeto del proceso por la suma de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS ($10'880.000.oo) a la sociedad RISAL S.A., incluyendo en la venta los derechos derivados del presente proceso (F. 264).

Igualmente, se allegó al expediente el poder del representante legal de la sociedad compradora conferido al mismo abogado de los demandantes, en el cual se ratifica su actuación anterior (276).

Mediante auto del 21 de noviembre de 1989 (F. 278), el Tribunal de primera instancia dispuso aceptar la sustitución de los demandantes a la sociedad cesionaria,

ordenando la notificación de dicha providencia a los apoderados de las entidades demandadas, la cual se surtió por estado.

6.– Luego de vencido el término para alegar de conclusión y encontrándose el proceso al despacho para fallo, el apoderado judicial de la sociedad cesionaria de los demandantes, RISAL S.A., presentó un memorial al Tribunal de primera instancia (f. 370) con el cual allegó copia de la escritura pública No. 2.322, mediante la cual dicha sociedad vendió el inmueble objeto del proceso al INCORA, por la suma de CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($146'777.372.oo).

En dicho escrito, el citado apoderado desiste de las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, en las cuales se solicita que se disponga la transferencia a las entidades demandadas del dominio del predio objeto de proceso y que en consecuencia la sentencia se inscriba en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Señala el apoderado en el memorial al que se hace referencia en este numeral:

> *"Así las cosas, el monto del perjuicio queda perfectamente esclarecido por la diferencia entre la estimación del dictamen que obra en autos $371'063.975.oo (sobre la base de una plena explotación económica y la del Instituto Agustín Codazzi por $146'777.000, con base en la situación actual del predio, invadido por explotaciones, tal y como también quedó consignado en la diligencia de Inspección Judicial en este proceso. La cifra deberá adicionarse con el monto del lucro cesante, más el reajuste monetario, etc, etc.".*

Se allegó igualmente al proceso en esta oportunidad el acta de entrega del inmueble al Incora (F. 379), en la cual textualmente se señala: *"como quiera que en el recorrido se encontró la existencia de un cultivo de aproximadamente 22 hectáreas de sorgo y diez (10) hectáreas de maíz, propiedad de la sociedad Risal S.A., ubicados en el potrero San José, se le concede un plazo hasta el 31 de enero de 1991 para recogerlo"*. De acuerdo con este documento, la finca es recibida por el Incora y a su vez se hace entrega de ella a la Cooperativa Agroindustrial y Minera de Ataco.

8.– La sentencia del Tribunal de primera instancia, cuya parte resolutiva fue antes transcrita, condenó a las entidades demandadas a pagar a la sociedad RISAL S.A. la suma de ONCE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($11'297.675.oo) por concepto de lucro cesante.

La petición concerniente al pago del valor de la finca fue rechazada en la sentencia de primera instancia, en razón de que *"la parte demandante no probó la*

inutilización total o parcial definitiva del inmueble". De acuerdo con el dictamen pericial se señala en la sentencia que, *"el 33.14% de la finca tiene dificultades para la explotación ganadera pero recuperable para ésta o agricultura mediante los medios o labores de adecuación por tapado o apizonamiento (sic) de trabajos de minería, reparación de cercas, limpieza de potreros, quema de los mismos y siembra de pasto puntero".*

"Tampoco debe confundirse la inutilización total o parcial del inmueble por estar privado el propietario de su explotación con el fenómeno de improductividad definitiva por diferentes factores. Son cuestiones distintas y así hay que entenderlas y mal puede pedirse una indemnización consistente en el reconocimiento y pago del valor del inmueble aunque fuere de una parte, cuando éste puede ser recuperado a entera satisfacción empleando los medios adecuados y los valores necesarios a invertir".

9.– Los apoderados judiciales del Ministerio de Minas, del Municipio de Chaparral y del Departamento del Tolima, al sustentar los recursos interpuestos (f. 413 y 434) insisten en que se declaren probadas las excepciones propuestas al contestar la demanda.

10.– La parte actora al sustentar su recurso solicita que se revoque el numeral sexto de la sentencia apelada, en el cual se negó la pretensión segunda de la demanda y que en su lugar se condene a las entidades demandadas a pagar la suma de $407'589.985.oo (pesos a febrero de 1991), por concepto de daño emergente.

Señala el demandante que las entidades demandadas deben ser condenadas al pago del valor comercial del predio señalado por los peritos en el curso del proceso, el cual se determinó considerando que sobre el mismo no se hubiesen producido los daños en $371'063.925.oo, menos el valor recibido por la venta del predio al INCORA, el cual fue determinado por el INSTITUTO AGUSTIN CODAZZI en $146'777.000, y menos el valor recibido por los demandantes por concepto de daño emergente en el primer proceso tramitado contra las mismas entidades ($6'225.066), con las respectivas actualizaciones, para obtener la cifra citada en el párrafo anterior (F. 429).

CONSIDERACIONES:

1.– En lo relacionado con el rechazo de las excepciones de indebida representación, falta de jurisdicción, cosa juzgada y caducidad la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

A.– **Indebida representación.**

Considera la Sala que el hecho de que los demandantes hubiesen indicado en el poder otorgado a su apoderado judicial que la demanda debía dirigirse contra el Estado

sin señalar concretamente cuáles eran las entidades públicas demandadas, no puede conducir a un fallo inhibitorio, en la medida en que en el poder se encuentra determinado claramente el objeto del proceso, sin que pueda confundirse con otro, cumpliéndose con lo dispuesto en el artículo 65 del código de procedimiento civil. Los requisitos para el otorgamiento del poder se encuentran contenidos en dicha norma y no puede el juzgador hacer respecto del poder las mismas exigencias que se consagran en el artículo 137 del C.C.A., para la demanda.

Además de lo anterior, no puede hablarse aquí de indebida representación de la parte actora, si se tiene en cuenta que la sociedad reconocida en el proceso como cesionaria de los derechos litigiosos de los demandantes originales al conferir poder al mismo apoderado de aquéllos manifestó expresamente ratificar todas las actuaciones del citado apoderado.

B.– **Falta de jurisdicción.**

Si la demanda de reparación directa fue formulada contra la Nación (representada por el Ministerio de Minas), el departamento del Tolima y el Municipio de Chaparral, resulta evidente que de ella debía conocer la jurisdicción contencioso administrativa, por lo cual esta excepción no podía tener prosperidad.

El argumento expuesto por la parte excepcionante en el sentido de que la responsabilidad de los daños ocasionados a los demandantes era de los mineros particulares y no de las entidades públicas demandadas, no corresponde formalmente a la excepción de falta de jurisdicción, ya que en el fondo se le imputa a la administración responsabilidad por los mismos hechos. Es un argumento para desvirtuar la responsabilidad de los entes demandados y la Sala lo tendrá en cuenta al momento de analizar el fondo del proceso.

C.– **Cosa Juzgada.**

Considera la Sala que en la demanda se deslinda claramente el objeto del primer proceso tramitado contra las mismas partes, de lo pretendido por los demandantes al instaurar esta segunda demanda. Tratándose entonces de objetos distintos no hay lugar a declarar probada esta excepción.

D.– **Caducidad.**

Tampoco hay lugar a declarar probada esta excepción por cuanto en la demanda se solicita el pago de perjuicios causados por hechos ocurridos dentro de los dos años anteriores a la presentación de la misma.

2.– Obra en el expediente (F. 119 C. No. 2) copia auténtica del fallo proferido por el Consejo de Estado el dia 8 de febrero de 1985, en el proceso radicado bajo el No.

3504, instaurado por el señor PEDRO BERNAL ESCOBAR en su condición de propietario de la finca SANTA ROSA, contra la Nación, el departamento del Tolima y el municipio de Chaparral, con el objeto de que se declarara la responsabilidad solidaria de las entidades demandadas, por los perjuicios causados en el citado predio, como consecuencia de una explotación aurífera ilegal, tolerada y aún auspiciada por la autoridad.

En dicho fallo las entidades demandadas fueron declaradas solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados al demandante y fueron condenadas, por concepto de daño emergente, a pagar al demandante la suma de $6'225.066.oo, teniendo en cuenta la inutilización del predio en 326 hectáreas sobre el área total determinada en 1.649 hectáreas y 1.730 metros cuadrados.

En la parte motiva del mismo, textualmente se señala:

"... Resultaron probados dentro del expediente los siguientes hechos:

"1.– La propiedad de la finca Santa Rosa en cabeza del señor Pedro Bernal E., mediante la copia de la escritura pública No. 7473 de la notaría 9 de esta ciudad y el certificado del señor registrador de instrumentos públicos de Chaparral (Ver documentos a los folios 2 y 4 y a 9 del cuaderno principal).

"2.– La identificación de la finca Santa Rosa, mediante la inspección judicial con peritos que obra a folios 58 del cuaderno de pruebas de la parte actora. Allí se constató que la propiedad a que se refieren los documentos indicados en el numeral precedente coincide con la visitada, objeto de la controversia. Se refuerza lo dicho con la peritación que obra a los folios 108 y siguientes del mismo cuaderno.

"3.– La superficie de la finca Santa Rosa y el área objeto de la explotación minera inutilizada para la ganadería; aquella estimada en 1.649 hectáreas 1.730 metros cuadrados y ésta en 326 hectáreas (ver dictamen pericial a folios 108 y 109)".

"..."

"7.– El permiso otorgado por el señor Bernal para que la explotación se limitara a un área de 88 hectáreas, debidamente cercada. Este punto se desprende de la comunicación suscrita por el gobernador Lozano, reconocida por éste y ratificada en su declaración que obra a los folios 82 del C. No. 1 y de las declaraciones de los señores Guillermo Charry B. y Rogelio Guzmán Guzmán (a folios 62 y 63 del C. No. 1).

"8.– La instalación del puesto de policía dentro de la finca para controlar la explotación en el área indicada y evitar las invasiones por fuera de la

zona. A folios 31 del mismo cuaderno aparece la copia autenticada de la resolución No. 047 de 1975, expedida por el comandante de policía del Tolima en la cual se dispone dicha instalación y se le adscriben 4 agentes. En declaración del mismo señor Charry se dan detalles sobre el funcionamiento de dicho puesto policial.

"9.– El retiro del puesto de policía se comprobó con la copia autenticada de la resolución No. 037 de marzo 26 de 1977, expedida por el mismo comandante, en la cual se dispuso ese retiro y el traslado de los agentes de la base de Ataco (a folios 31 del C. No. 2), y con las declaraciones de los señores Charry y Guzmán a folios 62 y 65.

"10.– El desbordamiento de las invasiones luego de retirada la fuerza pública, por fuera del área convenida de 88 hectáreas. Sobre este punto las siguientes pruebas dan certeza suficiente: las copias de las decisiones de primera y segunda instancia proferidas dentro del juicio de amparo promovido por don Pedro en abril de 1977, y por las cuales se ordenó el desalojo de los invasores. Las declaraciones de Guillermo Charry (al fol. 62) y Rogelio Guzmán (a folios 62 y 64); la comunicación oficial del secretario de gobierno al señor Bernal, expedida el 20 de abril de 1977.

"11.– El no otorgamiento por parte de las autoridades mineras de concesión o permiso alguno, ni la constitución de aportes en la finca. Ver a este respecto la certificación de la oficina jurídica de minas (dependencia de la secretaría de gobierno del Tolima) del 18 de agosto de 1982 (a folios 47 del c. de pruebas de la parte actora)...".

"..."

"De las pruebas que se dejan reseñadas se pone de presente que la conducta oficial, a los niveles explicados (Ministero de Minas, Policía Nacional, gobernación del Tolima y Municipio de Chaparral), no operó en la forma debida, propiciando así en forma indirecta las invasiones a la finca Santa Rosa de propiedad del demandante. Claro está que podría alegarse que los hechos desbordaron la capacidad misma de la autoridad pública y que ésta se vio impotente para controlarlos.

"Pero esto no fue así desde un principio. Los hechos inicialmente no tuvieron especial gravedad. La protección policiva pudo operar efectivamente y no se prestó con eficacia. Fueron desoídos los múltiples requerimientos de los propietarios y su falta de respuesta motivo a los invasores a adentrarse más y más en los terrenos de la finca. Si bien es cierto que estos fueron desalojados en varias oportunidades (abril de 1977 y 1979, por ejemplo) por orden de autoridad competente, no lo es

menos que las invasiones siguieron con mayor intensidad hasta adquirir las proporciones de orden público que se observan hoy y que motivaron la presente controversia".

"Pero además de los desalojos anotados, el demandante obtuvo amparos policivos favorables que no se hicieron efectivos por la situación de orden público que se había creado en la región".

"... Hubo aquí ciertamente una falla del servicio. Las autoridades mineras tampoco colaboraron con la solución del conflicto al no tomar medidas para organizar la explotacón dentro de los cauces legales. Así mismo manifiestan que no habían otorgado permiso o concesión de explotación aurífera en terrenos de la finca".

"Las fallas anotadas causaron el perjuicio. La finca quedó en esta forma reducida en su explotación ganadera. Los potreros perdieron su utilización y quedaron cubiertos de "apiques" o fosos que no sólo hicieron imposible el pastoreo del ganado, sino de gran peligrosidad, dada la profundidad de los fosos".

Los perjuicios a que se condenó solidariamente a las entidades demandadas en esta sentencia, se discriminan así:

A.– Costos de adecuación de los terrenos	$ 6'225.066.00
B.– Pérdida de ganado	$ 8'272.510.00
C.– Valor actual por el encarecimiento de los costos de administración y manejo	$ 682.030.00
D.– Valor actual del lucro cesante	$14'304.260.00
Total	$29'483.866.00

La sentencia ordenó la actualización de dicha suma, desde el 29 de abril de 1983, hasta la fecha de la sentencia, o sea hasta el 7 de abril de 1985, a lo cual se procedió mediante trámite incidental; y mediante auto del 30 de septiembre de 1985 se dispuso que el valor correspondiente a dicha actualización ascendía a la suma de $8'963.095.26.

Al folio 283 C. 1, aparece copia de la resolución No. 2493 de fecha 31 de julio de 1986, por la cual el Ministerio de Hacienda ordenó el pago de la suma anteriormente indicada, suma que ascendió, con los intereses causados a $50'062.491.00. De acuerdo con lo señalado en el hecho octavo de la demanda, esta suma fue cancelada así: El capital el 14 de enero de 1986, y los intereses el 5 de agosto de 1986.

3.– La demanda objeto del presente proceso fue presentada el día 3 de noviembre de 1988 y en ella se pretende textualmente:

"Peticiones:

Primera. *Que se declare al Estado, y específicamente a la Nación, al departamento del Tolima y al Municipio de Chaparral, solidariamente responsables por los daños y perjuicios en la finca Santa Rosa, de propiedad de mis mandantes, situada en jurisdicción del municipio de Chaparral (Tolima), causados como consecuencia de una explotación aurífera ilegal, tolerada y aún auspiciada por las autoridades públicas y realizada por una serie sucesiva de invasiones que cubre en la actualidad el 60% de la mejor área ganadera de la Hacienda y frente a las cuales el Estado no brindó la debida protección.*

Segunda. *Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Nación, al Departamento del Tolima y al Municipio de Chaparral, a pagar solidariamente a los propietarios actuales de la hacienda Santa Rosa una suma equivalente al precio que tendría la Hacienda en mención a la fecha de la sentencia, si su explotación económica hubiera podido desarrollarse normalmente como lo fue hasta antes de las invasiones y depredaciones realizadas por los exploradores y explotadores ilegales de oro, según estimación de peritos dentro de este proceso, con deducción de lo pagado por daño emergente según la sentencia de febrero 8 de 1985.*

Así mismo, se condenará al pago del lucro cesante que consiste en los beneficios dejados de percibir en la Hacienda por sus propietarios durante los últimos dos años por causa de invasiones de mineros ilegales.

Tercera. *Que se disponga el cumplimiento de la condena anterior, dentro del término de treinta días, contados a partir de la comunicación de la sentencia y que se condene, además, al pago de intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria del fallo y de los moratorios a partir de este último término.*

Cuarta. *Que, como consecuencia de estas condenas se disponga que el dominio o propiedad de la Hacienda Santa Rosa se transfiere a la Nación, al Departamento del Tolima o al Municipio de Chaparral, según sea la entidad de derecho público que cumpla o satisfaga la condena, o conjuntamente a las tres si todas concurren a su pago.*

Quinta. *Que se ordene la protocolización ante Notario de la sentencia favorable a estas peticiones y de los documentos de pago de la condena, una vez efectuado éste, así como la inscripción de los mismos en la Oficina*

de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Chaparral (artículo 174 C.C.A.), cumplido todo lo cual el Tribunal procederá a la entrega material del inmueble (art. 337 del C.P.C.)".

4.– La condición de propietarios en cabeza de los demandantes, con la cual se satisface la legitimación por activa, fue debidamente acreditada en el proceso. Con la demanda se allegó copia auténtica del trabajo de partición y de la sentencia aprobatoria en la sucesión del causante PEDRO BERNAL, proferida por el Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de Bogotá, el 8 de septiembre de 1988 en la cual el predio fue adjudicado a **MARIA CRISTINA BERNAL DE JARAMILLO, CLARA EUGENIA BERNAL DE ARJONA, JOSE JORGE BERNAL ARANGO, PEDRO PABLO BERNAL ARANGO, MARIA DEL CARMEN OLGA BERNAL ARANGO, MARIA TERESA BERNAL ARANGO, EDUARDO BERNAL ARANGO y GUSTAVO BERNAL ARANGO,** en octavas partes para cada uno de ellos (F. 3 al 24).

Tal como se mencionó en los antecedentes, se allegó copia auténtica de la escritura pública No. 2.225 otorgada el 28 de julio de 1989 en la Notaría treinta y cinco del círculo de Bogotá, mediante la cual los citados demandantes vendieron el predio objeto del proceso a la sociedad RISAL S.A. (F. 264), representada por GUSTAVO BERNAL ARANGO; sociedad a la cual fueron cedidos los derechos litigiosos de este proceso, como también se advirtió en los antecedentes.

Se allegó igualmente copia auténtica del certificado de tradición correspondiente al inmueble, donde aparece inscrita tanto la adjudicación en el proceso sucesoral como la venta a la sociedad RISAL S.A. (F. 275).

5.– La causa por la cual se demandan los perjuicios en este segundo proceso, es entonces similar a la esgrimida en la primera demanda: se acusa a las entidades demandadas de tolerar y auspiciar una explotación aurífera ilegal en el predio de propiedad de los demandantes, realizadas por una serie sucesiva de invasiones que, de acuerdo con la demanda, cubren para la fecha de su presentación el 60% de la mejor área ganadera de la hacienda.

6.– La falla del servicio de la cual pretenden derivar la responsabilidad de las entidades demandadas, consiste entonces en una conducta omisiva de parte de dichas entidades; en la falta de protección a los demandantes para garantizar el ejercicio de su derecho de dominio sobre el predio denominado Santa Rosa.

Pero, al contrario de lo que sucedió en el primer proceso, en este caso no se acreditó la ocurrencia de dicha falla, como se concluye del análisis de las pruebas obrantes al expediente. Así, se observa:

A.– Con la demanda la parte actora aportó al expediente copia auténtica de una querella civil ordinaria de policía tramitada ante la Alcaldía Especial de Chaparral, con

el objeto de recuperar la posesión del predio de propiedad de los demandantes. Esta actuación fue iniciada el 28 de agosto de 1987 (f. 25 al 116) mediante poder conferido por GUSTAVO BERNAL ARANGO; posteriormente, al fallecer don PEDRO BERNAL ARANGO (5 de noviembre de 1987), sus herederos confirieron poder al mismo abogado que había iniciado la actuación y ésta fue continuada con ellos.

La acción instaurada fue la correspondiente a un proceso civil de policía por perturbación de posesión. Fue dirigida contra cuatro ocupantes con nombre propio (MARTIN NARVAEZ, POLICARPO GUETENDO, SIMON FIGUEROA y SATURNINO CAMPERA) y contra "por lo menos 2.000 personas más que están invadiendo el predio".

Dentro de dicha actuación, la Asociación Empresarial de Mineros presenta un escrito en el cual comunica que en el predio se realizan explotaciones bajo el amparo de una oposición minera y que en dicho momento se encuentra en trámite la correspondiente licencia.

Luego de haberse llevado a cabo una audiencia de conciliación y practicado las pruebas, la Alcaldía Especial de Chaparral (Tolima), profiere una providencia el 7 de enero de 1988, en la cual resuelve absolver a los demandados y señalar a los demandantes, que les *"queda libre la potestad de hacer valer sus derechos ante la justicia ordinaria, si los consideran inculcados (sic)".*

En las motivaciones de esta providencia se señala que existe constancia acerca de que los mismos demandantes habían iniciado con anterioridad acciones posesorias, y que igualmente los ocupantes indicaron al rendir testimonio que se encuentran en el predio hace más de un año y que el artículo 219 del código de policía indica como término de prescripción para instaurar la acción policiva por perturbación el de seis (6) meses contados a partir del primer acto de molestia o embarazo a la posesión, tenencia, nuda propiedad y servidumbre (F. 103).

Esta providencia fue apelada y al resolverse el recurso por parte de la Dirección de Orden Público y Justicia del Departamento del Tolima, se declaró la nulidad de toda la actuación, por haberse dado a la querella un trámite inadecuado.

En la parte motiva de dicha providencia se expresa:

> *"Observa además el Despacho que con fundamento en lo expuesto en el hecho 4 de la querella, el término de que habla el artículo 15 del Decreto 992 de 1930, ya estaba fenecido, pues en la querella se dice que los hechos fueron ejecutados en julio y agosto, y son continuación permanente de los anteriores meses y semanas".*
>
> *"... así las cosas, la nulidad debe declararse a partir del auto visto al folio 11 vto. hasta la última actuación del a-quo, sin que haya lugar a reponer*

lo invalidado porque ya feneció la oportunidad para presentar una nueva demanda (art. 15 del decreto 992 de 1930 y 219 del C. de P. P. del Tolima)".

B.– Con la demanda igualmente se aportó una constancia expedida el 3 de noviembre de 1988, a solicitud de uno de los demandantes, por la Oficina de Minas de la Secretaría de Gobierno del departamento del Tolima (f. 117), en la cual se señala que a la ASOCIACION DE MINEROS DE ATACO CHAPARRAL, se le concedió la licencia No. 11717 para la explotación técnica de Oro en jurisdicción del municipio de Chaparral, departamento del Tolima, y que dicha licencia fue otorgada mediante Resolución No. 0024 del 26 de mayo de 1988.

Al contestar la demanda el Ministerio de Minas allegó al proceso copia auténtica de la resolución No. 1843 del 21 de julio de 1978 expedida por el Gobernador del Departamento del Tolima, en la cual se acepta la oposición formulada por la ASOCIACION MERCANTIL DE MINEROS DE ATACO Y CHAPARRAL, en una zona ubicada en el municipio de Chaparral con un área superior a las 528 hectáreas, la cual se identifica por sus linderos. En dicha resolución se concede el término de 30 días a la Asociación para nombrar apoderado y continuar con la actuación.

Igualmente, esta entidad demandada allegó al proceso copia auténtica de la resolución No. 0024 del 26 de mayo de 1988, mediante la cual la gobernación del Tolima concedió la licencia No. 11717 a la ASOCIACION EMPRESARIAL DE MINEROS ATACO-CHAPARRAL, para la exploración técnica de oro y demás minerales concesibles, en jurisdicción del Municipio de Chaparral, Departamento del Tolima, en un área de 499 hectáreas 4.000 metros cuadrados, cuyos linderos se indican en la resolución (F. 199).

Esta licencia, de acuerdo con lo que se indica en su parte motiva, tiene por objeto legalizar la oposición aceptada por la gobernación mediante la resolución No. 1843 de 1978, a la cual hicimos referencia con anterioridad.

Finalmente, el mismo Ministerio allegó al proceso copia del acta de entrega de la zona a los mineros, la cual se llevó a cabo el 13 de noviembre de 1988 (F. 212).

C.– En el dictamen pericial de fecha 7 de diciembre de 1989 rendido en el curso del proceso (f. 89 C. 2), en puntos que no fueron materia de objeción por ninguna de las partes, y que explican el plano obrante al folio 88, los peritos señalaron:

"El área otorgada para la EXPLOTACION MINERA mediante licencia número 11717, es de 499 hectáreas y 4.000 metros cuadrados. De esta área 223 hectáreas y 9.500 metros cuadrados, se encuentran actualmente invadidos por trabajos de minería, la cual representa el 44.84% del total del área de Licencia. Además dentro de la misma Zona de Licencia se hayan (sic) 59 hectáreas y 3.000 metros cuadrados de Zona de Influencia, la cual

representa el 11.87% del área total de la licencia. El total del AREA AFECTADA actualmente es de 283 hectáreas y 2.500 metros cuadrados, la cual corresponde al 56.71% de la licencia".

"... La frontera de explotación minera se ha ampliado a partir de 1986, en la zona cubierta en la licencia número 11717 y actualmente es de 223 hectáreas y 9.500 metros cuadrados; quiere esto decir que descontando las 139 hectáreas y 7.900 metros cuadrados que ya fueron indemnizados, aparecen 84 hectáreas y 7.900 metros cuadrados nuevas, actualmente en explotación de la zona concedida en licencia...".

"... Las áreas físicas o potreros sobre los cuales se reclaman perjuicios en esta demanda, en términos generales son los mismos que tuvieron en cuenta en el expediente 3504 fallado en febrero de 1986, pero es preciso aclarar que la extensión actual zona afectada (minería más influencia se ha incrementado desde 1986 en 219 hectáreas y 5.512 metros cuadrados...".

"El área utilizada por los trabajos de minería realizados antes de 1986 y que aparecen en el plano de fecha marzo de 1983, sí corresponden a 327 hectáreas y 397 metros cuadrados; los cuales ya fueron indemnizados. Actualmente el total de hectáreas utilizadas en la Hacienda Santa Rosa por trabajos de minería y zona de influencia posterior a 1986 es de 546 hectáreas y 5.549 metros cuadrados, vale decir que en los últimos tres (3) años la zona de explotación e influencia se ha incrementado en 219 hectáreas y 5.512 metros cuadrados dentro de la totalidad de la Hacienda".

7.– De las pruebas anteriormente relacionadas se deduce que no es cierto que los mineros que ocuparon la finca de los demandantes adelantaran una explotación aurífera ilegal, como se señala en el escrito introductorio. Su ocupación se encontraba amparada, primero en la oposición que les fue concedida mediante la resolución No. 1843 del 21 de julio de 1978 expedida por el Gobernador del Departamento de Tolima, y posteriormente mediante la licencia No. 11717 concedida mediante la resolución No. 0024 del 26 de mayo de 1988, expedida también por la gobernación del Departamento del Tolima.

Del dictamen pericial y de acuerdo con el plano aportado al proceso con dicho dictamen, **resulta absolutamente claro que el área de la licencia se encuentra comprendida en el área total de la finca de propiedad de los demandantes.**

Esta circunstancia, entonces, otorgaba a los mineros un derecho de servidumbre en el predio de propiedad de los demandantes, el cual se encontraba regulado en el decreto 2477 de 1986, que era el estatuto minero vigente en dicha época, y que consagraba en su artículo tercero la naturaleza de utilidad pública y de interés social a la industria minera.

El artículo 175 de dicho estatuto minero disponía:

> *"Las áreas de derechos mineros gozan de las servidumbres necesarias para su exploración, explotación, beneficio y transformación adecuados, tales como las de uso de los terrenos, de extracción de maderas y otros materiales, de tránsito y transporte de acueducto, de ventilación, de desagüe, de pastaje y de visita a las minas inmediatas".*

Correlativamente a dicho derecho de los mineros y tal como lo señaló el Ministerio de Minas al dar contestación a la demanda, el estatuto les impone la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con las labores que desarrollen en el predio sirviente. El artículo 186 señala textualmente que el minero *"está obligado a indemnizar los perjuicios que cause en el establecimiento y por el ejercicio de las servidumbres".*

El mismo estatuto señala el procedimiento para hacer efectivo el pago de dichos perjuicios. Su monto, cuando no hay acuerdo entre el minero y el tercero perjudicado, se fija provisionalmente por el alcalde; y si cualquiera de las partes queda inconforme con el mismo debe acudir a la vía judicial para que allí se haga dicho señalamiento, mediante el trámite de un proceso abreviado, y de conformidad con lo normado en el artículo 414, numeral 6 del código de procedimiento civil (hoy 418 numeral 1).

Por último el estatuto minero concede el derecho al propietario de impedir la explotación mientras el pago no se cumpla, indicando que *"Es entendido que mientras el pago no se efectúe el minero no podrá ejercitar la servidumbre a menos que el dueño o poseedor del terreno expresamente lo consienta".*

Los propietarios de la finca Santa Rosa no hicieron uso de los derechos que en su condición de tales les otorgaba el estatuto minero. No procedieron en la forma establecida en la ley para lograr el pago de los perjuicios que la explotación minera, amparada por el Estado y realizada en su finca, a ellos les concedía y de los cuales los deudores eran los mineros y no el Estado.

No puede aquí imputarse una conducta omisiva a la administración, cuando el particular no acude a las vías que la ley le otorga para el ejercicio de sus derechos. No puede acusársele de falta de protección de los mismos si no se reclaman en la forma en que corresponde según la ley.

El Estado se encontraba con la obligación de hacer respetar el derecho a ser indemnizado que le otorga el estatuto minero al propietario de la finca. Estaba obligado, luego de que se hubieran determinado los perjuicios en la forma establecida en dicho estatuto, a impedir el ejercicio de la servidumbre, mientras no se hubiera producido el pago de los mismos. Incluso estaba obligado a imponer una caución a los mineros e impedirles la utilización de la servidumbre mientras ella no hubiera sido cancelada. Pero

todo lo anterior no podía hacerlo de oficio sino que requería de la petición legalmente formulada por el propietario del terreno, la cual no se hizo en este caso.

La obligación de respuesta del Estado, en estos eventos, solo surge cuando el particular ejerce su derecho de petición en la forma en que la ley (que se presume de derecho conocida por todos) lo ha reglamentado. La administración no puede resultar condenada a pagar perjuicios por omisión, cuando en cierta forma ni siquiera se le ha concedido la oportunidad legal o no se la ha colocado en la situación de cumplir determinada obligación.

Los demandantes son propietarios del inmueble ocupado por los mineros amparados por una licencia estatal. Ellos, como bien lo anota la parte pasiva, no son propietarios del subsuelo que pertenece a la nación, la cual puede conceder en consecuencia este tipo de licencias.

Y la ley, como también quedó anotado anteriormente, otorga a la actividad minera el rango de actividad de utilidad pública y de interés social; lo que, lo explica que los titulares de dicho derecho de dominio deban soportar la explotación del subsuelo de sus predios, mediante los procedimientos establecidos en ella misma pudiendo obtener de los mineros la indemnización de los perjuicios que el desarrollo de sus actividades ocasione en sus predios.

No pueden, entonces, los titulares del derecho de dominio solicitar indemnización de perjuicios al Estado, por el desarrollo de actividades que están reguladas y permitidas en la ley.

8.– Volviendo al caso *sub-júdice*, y aceptando en gracia de discusión que la explotación realizada por los mineros en la finca de propiedad de los demandantes era ilegal, también se llega a la conclusión de que los propietarios del predio no iniciaron las acciones judiciales conducentes a recuperar la posesión del mismo.

Resulta obvio que ante la ocupación del predio por los mineros, la cual, como se desprende de lo expresado en la propia demanda data desde el año de 1975, en el año de 1987 ya no era procedente obtener la restitución del mismo mediante una simple acción policiva de perturbación de la posesión, que caduca seis (6) meses después del primer acto perturbatorio. Quedaban ya abiertas otras vías judiciales que no se utilizaron.

La decisión de las autoridades municipales de Chaparral que primero negaron la acción y posteriormente decretaron la nulidad de la querella en la forma explicada y por las razones anotadas anteriormente, era el final al cual lógicamente debía llegar una acción policiva de este tipo y de semejante inoportunidad.

Resulta claro que las acciones tendientes a terminar las perturbaciones a la posesión no eran las procedentes en este caso y que los propietarios debían, si en

realidad tenían la intención de recuperar la posesión del predio, mediante una acción judicial, acudir ante los jueces competentes y mediante el proceso indicado para reivindicar la posesión de la parte del inmueble que habían perdido.

C.– No solamente no hay falla en el servicio por omisión por cuanto no se acudió a la vía judicial adecuada para garantizar el derecho de propiedad, sino por cuanto la decisión de las autoridades municipales, a la que se hizo referencia anteriormente, goza, como todos los actos administrativos, de presunción de legalidad; y no puede considerarse como falla del servicio que las autoridades obedezcan los actos que están amparados por dicha presunción.

D.– En el presente asunto no se dio ninguna decisión judicial o administrativa que impusiera a las entidades demandadas la obligación de restituir a los demandantes la posesión del inmueble objeto del proceso. Ni siquiera la sentencia del Consejo de Estado proferida el 8 de febrero de 1985, en el proceso radicado bajo el No. 3504, impone esta obligación a las autoridades, pues no era, ni podía ser ese, el objeto de dicho proceso.

Los propietarios del predio invadido debían haber ejercitado las acciones legales correspondientes para recuperar la posesión del inmueble y sólo ante una decisión judicial o administrativa que ordenara la restitución del inmueble a los particulares y que fuera incumplida por el Estado, podría hablarse de una conducta omisiva constitutiva de falla del servicio.

Aquí la acción policiva instaurada por los demandantes no tuvo ese objeto. No puede la Sala pensar que los demandantes pretendieran realmente por este solo medio obtener la restitución de la posesión de su predio.

La omisión, que evidentemente puede configurar falla del servicio, en casos como el aquí estudiado, sólo constituye falla cuando se ha acudido a las vías legales y ante las autoridades competentes a solicitar la acción del Estado y ésta no se obtiene. Cuando la administración ha *"omitido una actuación que le correspondía y por lo cual se causó a los administrados un perjuicio que piden se les reconozca y les pague"* (Sección Tercera, sentencia del 23 de octubre de 1990, Expediente No. 5945, actor Argemiro Vargas Medina, ponente: Dr. Gustavo De Greiff Restrepo).

No cuando, como en este caso, se utiliza una acción inadecuada y se acude ante una autoridad incompetente para lograr la protección de un derecho, que por esta vía indudablemente no puede conseguirse.

9.– Ahora bien, tampoco resulta viable acudir a la jurisdicción con el objeto de obligar al Estado a adquirir la propiedad de un predio a un particular, en la forma en que lo solicita la parte actora en la demanda y lo reitera en sus alegatos de conclusión.

No puede, de una parte, pedirse al Estado el pago del valor que habría tenido el inmueble para la fecha de la sentencia como si no se hubieran realizado explotaciones

mineras en el mismo, por cuanto, el perjuicio así alegado, que no tendría la nota de certeza exigida en la ley, ni siquiera podría imputársele al Estado porque esa desmejora tendría una causa legal (la explotación minera es prevalente y de utilidad pública).

De otra parte, la legislación colombiana no consagra la acción planteada por el demandante, que se presenta como un tipo de expropiación a la inversa, esto es, provocada por el particular interesado en que el Estado adquiera un inmueble de su propiedad.

El código contencioso administrativo contempla dentro del proceso de reparación directa la acción específica para lograr la reparación de perjuicios cuando estos se causen por ocupación permanente de una propiedad; y en este caso, de conformidad con el artículo 220 del código, si la sentencia ordena el pago al particular del inmueble ocupado o de parte de él, la misma sentencia servirá como título traslaticio del dominio a la entidad demandada.

Esta acción denominada de ocupación de hecho por trabajos públicos, como ya lo ha dicho la Sala, puede utilizarse en el caso en que, no obstante no ser la entidad de derecho público la que materialmente ocupa el predio, los efectos de su conducta irregular o las consecuencias de su falla son similares por cuanto el particular resulta, por dicha falla, privado del derecho de dominio que ejerce sobre su bien.

En sentencia del 25 de junio de 1992, dentro del expediente No. 6947; partes: JORGE AUGUSTO VILLAMIL contra el INDERENA, Magistrado Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, la Sala dijo:

> *"Procedió erradamente el Inderena al omitir las medidas económicas necesarias para indemnizarle a la parte actora la imposibilidad en que la situó para que enajenara su inmueble o para ejercer sobre éste la explotación agropecuaria que de años atrás venía realizando. La situación que en este caso se presenta no difiere en mayor grado de la limitación de derechos que genera una ocupación permanente y por esta similitud estima la Sala que se le debe dar un tratamiento jurídico similar".*
>
> *"... Cabe anotar como la ocupación, figura asimilable a la reserva como parque nacional del terreno del demandante, no conlleva necesariamente la condición de originarse por trabajos públicos. Así lo consagra el artículo 220 del código contencioso administrativo, de donde se infiere que no fue intención del legislador circunscribir tal ocupación de una propiedad inmueble exclusivamente a la resultante por trabajos públicos sin que la misma bien puede concebirse y configurarse como en el caso examinado, con la prohibición absoluta del dueño de ejercer los derechos personales y reales que le corresponden sobre el inmueble de su propiedad".*

Pero, el ejercicio de esta acción requiere que el particular haya sido privado del bien cuyo pago demanda, en forma definitiva. Que la posesión sobre el mismo sea irrecuperable, en forma tal que la única manera de resarcirle sus perjuicios sea pagándole el valor de dicho inmueble.

Aquí, tal como lo señala claramente la sentencia de primera instancia, el inmueble no fue ocupado en su totalidad (nótese que desde las mismas peticiones de la demanda se habla de un 60% del predio) y la parte del terreno ocupada era recuperable mediante la realización de los trabajos que aparecen determinados y cuantificados en el dictamen pericial.

10.– De lo expuesto se infiere que en este caso el demandante acudió a la jurisdicción con el objeto de obtener reparación de perjuicios, mediante vías equivocadas. No impugnó en forma alguna la licencia que el Estado había concedido a los mineros que ocupaban el predio de su propiedad. Conociendo dicha licencia no acudió al procedimiento establecido en el estatuto minero para obtener la reparación de sus perjuicios. Intentó, mediante querella policiva obtener la restitución del predio y frente a la decisión negativa de la administración, no la impugnó ante el juez competente (el civil) para acudir simplemente a la acción de reparación directa con el fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

La Sala entonces, revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar rechazará las pretensiones de la demanda.

11.– Sin embargo, considera la Sala oportuno hacer mención de una irregularidad procesal sobre la cual no se pronuncia en la medida en que ella debe considerarse saneada de conformidad con los artículos 140 y 146 del código de procedimiento civil.

La sustitución de la parte demandante, admitida por el *a-quo* requería de la aceptación expresa de la parte pasiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 del código de procedimiento civil que textualmente dispone:

> *"El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente".*

El doctor Hernando Morales, explica el alcance de esta disposición así:

> *"Para que pueda desaparecer el cedente del crédito que se litiga o del derecho litigioso, se requiere que la contraparte lo acepte, pues a ella no le es indiferente la persona de su adversario, porque si el cesionario es insolvente aquella se perjudicará en caso de obtener éxito en el proceso, para efectos del pago de costas y perjuicios (Art. 60). Así se tutela al*

demandante contra el peligro de ver agravada o complicada su posición procesal como consecuencia de la cesión" (Hernando Morales M. Curso de Derecho Procesal Civil Editorial ABC, pág. 247).

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

FALLA:

1. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 29 de mayo de 1991, en sus numerales 1 y 2.

2. Revócanse los numerales 3, 4, 5 y 6.

3. Deniéganse todas las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE. Publíquese en los anales de la Corporación.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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: Reiteración jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de indemnización por ocupación permanente de inmueble cuando por razones legales, se impide la explotación agropecuaria normal del predio o se le imponen gravámenes por actividades de utilidad pública, contenida en la sentencia del 25 de junio de 1992, Exp. 6947, Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA/DETENCION ILEGAL/HECHO PUNIBLE–Inexistencia/**ERROR JUDICIAL/SENTENCIA ABSOLUTORIA/ INDEMNIZACION POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD/DAÑO ANTIJURIDICO/CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**–Aplicación

El Estado es responsable de los perjuicios sufridos por el actor al ser capturado ilegalmente por agentes de la Policía Nacional. Esa responsabilidad se deriva del hecho de que a través de esa institución se hizo una detención ilegal, porque los detenidos no estaban en situación de flagrancia cuando fueron capturados, ni existía una orden de autoridad competente. Ese procedimiento ilegal de la Policía hizo incurrir en error a la Fiscalía Regional de Valledupar y a la Fiscalía Delegada de Barranquilla, entidades éstas que procedieron a adelantar la investigación correspondiente, con base en los informes rendidos por los agentes de policía que llevaron a cabo la captura y originaron la investigación que culminó con la orden de libertad de los detenidos, ante la comprobación de la inexistencia de hecho punible. El artículo 414 del C. de P. P. consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Como en el *sub-júdice* se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano, una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo de artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9734. Actor: Nerio José Martínez Ditta. Demandada: La Nación - Mindefensa - Policía Nacional.

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta en relación con la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 19 de abril de 1994, mediante la cual se dispuso:

> "PRIMERO.– Declarar que la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional) es administrativamente responsable de los daños causados a Nerio José Martínez Ditta, por haberle privado injustamente de su libertad.
>
> "SEGUNDO.– Condenar a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional) a pagar a título de perjuicios materiales, a Nerio José Martínez Ditta la cantidad de cuatrocientos noventa y cinco mil catorce pesos ($495.014.oo).
>
> "TERCERO.– Condenar a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional) a pagar a Nerio José Martínez Ditta, a título de perjuicios morales la cantidad de setecientos (700) gramos de oro, al valor que tenga a la ejecutoria de esta sentencia, según certificación que expedirá el Banco de la República.
>
> "CUARTO.– A esta sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.
>
> "QUINTO.– Las cantidades líquidas reconocidas en esta sentencia, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término...".

I.– ANTECEDENTES PROCESALES

1o.– Lo que se demanda.

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Cesar el 4 de agosto de 1993, el señor Nerio José Martínez Ditta a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. formuló demanda en contra de la Nación-Ministerio de Defensa Policía Nacional, para que esa entidad fuera declarada administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales que sufrió con ocasión de su captura ilegal el día 23 de noviembre de 1992, a las ocho y treinta de la mañana, por una patrulla de esa institución.

Como consecuencia de esa declaración pretende que se le pague a título de indemnización por perjuicios morales, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de

oro fino, por la deshonra y el descrédito que se le ocasionó al ser sindicado como guerrillero de las FARC y al ser procesado por el delito de rebelión. A título de perjuicios materiales reclama una indemnización con base en el salario mínimo legal, desde la fecha en que se produjo la captura hasta la fijación de la indemnización.

2o.– Los hechos.

Para fundamentar las pretensiones se expusieron los hechos que permiten ser resumidos así:

El 23 de noviembre de 1992 a las ocho y treinta de la mañana, una patrulla motorizada de la Policía Nacional, integrada por los agentes: Oswaldo Rafael Salas Muñoz, José de Jesús Jiménez Gómez y Richard Manuel Mendoza Jiménez, irrumpieron violentamente en la casa de habitación de propiedad de la señora Zenaida Beatriz Barahona Ditta, ubicada en la manzana 22 casa No. 1 del barrio Divino Niño. Los policías no llevaban orden escrita de autoridad judicial.

Después de registrar la casa capturaron a Nerio José Martínez y Giovanny Ríos Ibáñez, quienes se encontraban a punto de salir para la finca Monte Rey ubicada en la vereda de Soplaviento corregimiento de Pueblo Bello, con el fin de cumplir un contrato de trabajo que habían celebrado el día anterior.

Los agentes de policía hicieron la captura sin orden escrita de autoridad judicial y fueron sindicados por los mismos agentes de pertenecer a grupos subversivos de las FARC.

El señor Nerio José Martínez fue puesto a disposición de la Fiscalía Regional de orden público de Valledupar, a las doce del día del 23 de noviembre de 1992.

Mediante providencia de 1o. de junio de 1993 la Fiscalía Regional de orden público de Valledupar revocó la medida de aseguramiento proferida el 10 de diciembre de 1992, consistente en detención preventiva y le otorgó libertad inmediata al señor Martínez, una vez que se comprobó que no había existido el delito que se le imputaba.

3o.– La actuación procesal.

La demanda fue admitida en auto de 9 de agosto de 1993 y esa decisión se notificó a la demandada el 30 del mismo mes. Oportunamente se dio respuesta por medio del escrito que obra a folios 21 y ss. del Cdno. principal. Allí se opuso a las pretensiones, dijo que no le constaban los hechos de la demanda y que se atenía a lo que se probara en el transcurso del proceso.

El 23 de febrero de 1994, se celebró una audiencia de conciliación ante el *a-quo,* sin que las partes llegaran a un acuerdo.

Precluido el debate probatorio, el Tribunal corrió traslados para alegar. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio. La parte actora en su alegato de bien probado pidió que se accediera a las súplicas de la demanda, porque las pruebas aportadas al proceso demostraban los hechos que sirvieron de base a las peticiones, los cuales permitían concluir la falla en el servicio en que incurrió la demandada, frente a la retención indebida del actor. Para apoyar sus argumentos relacionó algunas de las funciones que corresponden a las autoridades públicas.

4o.– La sentencia consultada.

El Tribunal declaró la responsabilidad de la demandada porque encontró que en la captura de Nerio José Martínez, se violó el artículo 28 de la Constitución Nacional y los Artículos 56 y 59 del Código Nacional de Policía; puesto que fue capturado ilegalmente, dado que en su contra no existía orden de captura de autoridad judicial, ni de otra autoridad competente, ni se encontraba en situación de flagrancia o cuasiflagrancia; al contrario en el informe de la captura se dejó constancia de que al ser requisado sólo se le encontró una mochila con elementos de aseo personal. Para fundamentar su decisión transcribió parte de la motivación del auto de 1o. de junio de 1993 mediante el cual la Fiscalía Regional declaró precluida la investigación al estimar que el hecho punible no existió.

Establecida la falla de la demandada, condenó con base en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el articulo 414 del Código de Procedimiento Penal. Reconoció indemnización tanto por perjuicios morales como por perjuicios materiales, los primeros en el equivalente en pesos a setecientos (700) gramos de oro fino y los materiales en la suma de cuatrocientos noventa y cinco mil catorce pesos ($495.014), correspondiente al salario mínimo por el tiempo que estuvo detenido.

5o.– El trámite de la consulta.

Las partes mostraron conformidad con lo así decidido y el proceso vino a esta Corporación en virtud del grado jurisdiccional de Consulta establecido en el artículo 184 del C.C.A., por cuanto la sentencia impuso una obligación a cargo de una entidad pública, que no la apeló.

En el término que el *ad-quem* concedió para alegar, la parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio. La demandada presentó el escrito que reposa a folios 125 y ss. del Cdno. principal. Allí pidió que se le absolviera de las súplicas de la demanda, porque si el actor permaneció detenido de manera injusta y sin causa punible que ameritara tal detención, la responsabilidad era de la Fiscalía Regional y no de la Policía Nacional puesto que este estamento actuó con observancia de las normas legales, limitándose a retener al actor y a ponerlo a órdenes de la autoridad competente.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra que el fallo consultado debe confirmarse en su integridad, puesto que contiene un serio y juicioso estudio de las circunstancias fácticas, probatorias y jurídicas que informan el proceso.

En el cuaderno No. 2 reposa copia auténtica de las diligencias adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, Seccionales de Valledupar y Barranquilla, con ocasión de la detención del señor Nerio José Martínez Ditta. Según ese expediente, la detención se produjo el 23 de noviembre de 1992, conforme se informó al jefe de la Unidad Investigativa de Policía Judicial; la causa de la detención de acuerdo a ese informe, fue la siguiente:

> "... Los antes relacionados fueron detenidos el día de hoy por una patrulla del Escuadrón Motorizado bajo mi mando, a las 10:00 horas en el sector de invasión denominado el "Divino Niño" por tenerse conocimiento que desde hacía varias horas venían merodeando por el sector del CAI del barrio Garupal y en varias llamadas recibidas donde decían las características físicas de los sujetos coinciden con los retenidos, cuando estaban retenidos fueron trasladados a las instalaciones de la Sijín para constatar si tienen antecedentes penales.
>
> "Una vez en las instalaciones de la Sijín se procedió a investigar en los archivos e interrogatorios observando que aparece por informaciones de inteligencia, como responsables de pertenecer a las milicias populares y poner explosivos en varias zonas del departamento...".

El mismo 23 de noviembre declaró ante la Unidad Investigativa de la Policía Judicial, el agente Luis Daniel Rincón Quintero quien da cuenta de la forma como se produjo la captura. Este agente narró que al momento de la retención el actor y su acompañante Giovanny Ríos, sólo portaban una mochila con implementos de aseo y una camisa. Insistió en la misma versión en el sentido de existir información de inteligencia en cuanto a que los detenidos pertenecían a grupos guerrilleros.

El 24 de noviembre de 1992, el Departamento de Policía de Cesar, certificó con destino al jefe de la Unidad Investigativa Policía Judicial de Valledupar, que Nerio José Martínez Ditta no registraba antecedentes penales ni de policía. En la misma fecha la Unidad Investigativa de Policía Judicial dejó a los detenidos a disposición del Fiscal Regional ante la unidad de Valledupar. El funcionario encargado de esta unidad informó al director general de Fiscalías en Barranquilla que había iniciado una investigación en contra de los detenidos, por el delito de rebelión. Practicadas algunas pruebas se enviaron las diligencias al Director General de Fiscalías de Barranquilla.

El 10 de diciembre de 1992 la unidad de Fiscalía Delegada de Barranquilla decretó medida de aseguramiento en contra de los detenidos, especialmente con base en una

declaración rendida por el señor Rafael Alfonso Villazón, el mismo día de la detención, quien aseguró que los detenidos eran miembros del Frente 41 de las FARC.

Después de practicadas otras pruebas, el 1o. de junio de 1993, la misma Fiscalía revocó la medida de aseguramiento en contra del actor y su compañero, y les otorgó inmediata libertad, una vez que se comprobó que no existía hecho punible. En esa providencia destacó que al momento de ser detenidos los señores Nerio José Martínez Ditta y Giovanny Ríos Ibáñez, no estaban en situación de flagrancia, sino que su captura se produjo ilegalmente sin que mediara orden legal de aprehensión, por el sólo y mero pretexto de comprobar los antecedentes. Destacó este funcionario en relación con el testimonio de Rafael Pinzón Villeros, quien señaló a los detenidos como pertenecientes a las FARC, que esa declaración ofrecía dudas con respecto a su credibilidad por cuanto era sospechosa su presencia oportuna en las instalaciones del F-2 de Valledupar al momento de llevar los detenidos; además porque ese mismo testigo había sido utilizado en varios procesos, al punto que existía una resolución de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, que ordenó procesarlo por rebelión, para constatar si realmente perteneció a un grupo alzado en armas. Se refirió igualmente esta providencia al hecho de que nunca se allegó una prueba que demostrara que efectivamente los informes de inteligencias señalaran a los detenidos, como integrantes de las FARC.

Las actuaciones que se dejan relacionadas, demuestran en forma clara que el estado es responsable de los perjuicios sufridos por el actor, al ser capturado ilegalmente por agentes de la Policía Nacional. Esa responsabilidad se deriva del hecho de que a través de esa institución se hizo una detención ilegal, porque los detenidos no estaban en situación de flagrancia cuando fueron capturados, ni existía una orden de autoridad competente. Ese procedimiento ilegal de la Policía hizo incurrir en error a la Fiscalía Regional de Valledupar y a la Fiscalía Delegada de Barranquilla, entidades éstas que procedieron a adelantar la investigación correspondiente, con base en los informes rendidos por los agentes de policía que llevaron a cabo la captura y originaron la investigación que culminó con la orden de libertad de los detenidos, ante la comprobación de la inexistencia de hecho punible.

Fue la institución demandada la que causó el perjuicio al demandante, porque si no se hubiera realizado la detención ilegal y si no se hubiera anunciado que existían informes de inteligencia que señalaban a los detenidos como integrantes de las FARC, la Fiscalía no habría adelantado el trámite investigativo, ni hubiera prolongado la detención, como sucedió.

Como acertadamente lo señaló el *a-quo,* el artículo 414 del C. de P. P. consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Como en el *sub-júdice* se determinó la inexistencia de

hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas.

En lo que a los perjuicios se refiere, la Sala avala la condena impuesta por el *a-quo*, la cual se encuentra adecuada al perjuicio que se causó al actor, por tanto también habrá de confirmarse la sentencia de este aspecto. El Tribunal reconoció a título de indemnización por los materiales, la suma de $495.014.oo correspondientes al salario mínimo legal por el lapso comprendido entre el 23 de noviembre de 1992 y el 1o. de junio de 1993, período en que el demandante estuvo detenido. Para resarcir los perjuicios de orden moral condenó a pagar al actor el equivalente en pesos a 700 gramos de oro fino.

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

FALLA:

1o.– Confírmase la sentencia consultada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el 19 de abril de 1994.

2o.– Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse las copias necesarias con destino a las partes, el Ministerio Público y al Ministerio de Hacienda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha junio treinta (30) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

declaración rendida por el señor Rafael Alfonso Villazón, el mismo día de la detención, quien aseguró que los detenidos eran miembros del Frente 41 de las FARC.

Después de practicadas otras pruebas, el 1o. de junio de 1993, la misma Fiscalía revocó la medida de aseguramiento en contra del actor y su compañero, y les otorgó inmediata libertad, una vez que se comprobó que no existía hecho punible. En esa providencia destacó que al momento de ser detenidos los señores Nerio José Martínez Ditta y Giovanny Ríos Ibáñez, no estaban en situación de flagrancia, sino que su captura se produjo ilegalmente sin que mediara orden legal de aprehensión, por el sólo y mero pretexto de comprobar los antecedentes. Destacó este funcionario en relación con el testimonio de Rafael Pinzón Villeros, quien señaló a los detenidos como pertenecientes a las FARC, que esa declaración ofrecía dudas con respecto a su credibilidad por cuanto era sospechosa su presencia oportuna en las instalaciones del F-2 de Valledupar al momento de llevar los detenidos; además porque ese mismo testigo había sido utilizado en varios procesos, al punto que existía una resolución de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, que ordenó procesarlo por rebelión, para constatar si realmente perteneció a un grupo alzado en armas. Se refirió igualmente esta providencia al hecho de que nunca se allegó una prueba que demostrara que efectivamente los informes de inteligencias señalaran a los detenidos, como integrantes de las FARC.

Las actuaciones que se dejan relacionadas, demuestran en forma clara que el estado es responsable de los perjuicios sufridos por el actor, al ser capturado ilegalmente por agentes de la Policía Nacional. Esa responsabilidad se deriva del hecho de que a través de esa institución se hizo una detención ilegal, porque los detenidos no estaban en situación de flagrancia cuando fueron capturados, ni existía una orden de autoridad competente. Ese procedimiento ilegal de la Policía hizo incurrir en error a la Fiscalía Regional de Valledupar y a la Fiscalía Delegada de Barranquilla, entidades éstas que procedieron a adelantar la investigación correspondiente, con base en los informes rendidos por los agentes de policía que llevaron a cabo la captura y originaron la investigación que culminó con la orden de libertad de los detenidos, ante la comprobación de la inexistencia de hecho punible.

Fue la institución demandada la que causó el perjuicio al demandante, porque si no se hubiera realizado la detención ilegal y si no se hubiera anunciado que existían informes de inteligencia que señalaban a los detenidos como integrantes de las FARC, la Fiscalía no habría adelantado el trámite investigativo, ni hubiera prolongado la detención, como sucedió.

Como acertadamente lo señaló el *a-quo,* el artículo 414 del C. de P. P. consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible. Como en el *sub-júdice* se determinó la inexistencia de

hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas.

En lo que a los perjuicios se refiere, la Sala avala la condena impuesta por el *a-quo,* la cual se encuentra adecuada al perjuicio que se causó al actor, por tanto también habrá de confirmarse la sentencia de este aspecto. El Tribunal reconoció a título de indemnización por los materiales, la suma de $495.014.oo correspondientes al salario mínimo legal por el lapso comprendido entre el 23 de noviembre de 1992 y el 1o. de junio de 1993, período en que el demandante estuvo detenido. Para resarcir los perjuicios de orden moral condenó a pagar al actor el equivalente en pesos a 700 gramos de oro fino.

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

FALLA:

1o.– Confírmase la sentencia consultada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el 19 de abril de 1994.

2o.– Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse las copias necesarias con destino a las partes, el Ministerio Público y al Ministerio de Hacienda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha junio treinta (30) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

SECCION CUARTA

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA/AGENTE RETENEDOR/RETENCION EN LA FUENTE

La responsabilidad solidaria del agente retenedor es un caso distinguido en el Derecho Tributario como de sujeto pasivo sustituto, lo que implica que tanto por el aspecto del señalamiento del sujeto pasivo, como por el de la asignación de la responsabilidad a un sujeto distinto del contribuyente directo, deben estar estrictamente ceñidos a las disposiciones de índole legal, porque ambos aspectos son de exclusiva competencia del legislador.

SANCION POR RETENCION EN LA FUENTE–Efectos

Si se piensa en la forma y oportunidad de aplicar las sanciones indicadas en el art. 72 del Decreto 3803 de 1982, es fácil concluir que la tercera consistente en los intereses moratorios, se debía cumplir en el momento del pago extemporáneo de la retención; la segunda, o sea, el desconocimiento del carácter de costos o deducciones, estaba ligada al proceso de determinación del impuesto, es decir, a su inclusión en el requerimiento especial y en la liquidación de revisión. Pero la primera, que no encajaba ni en los momentos ni en los procedimientos anteriormente mencionados, necesariamente requería un procedimiento distinto, que no era otro que el de su determinación mediante una providencia especial. Y debía ser objeto de una providencia especial porque no podía incluirse en el proceso de determinación de su impuesto, ya que no se trata de fijar el impuesto a su cargo, sino de una sanción por no haber hecho las retenciones en la fuente que son aplicables a los impuestos de otros contribuyentes y debía ser especial porque los elementos de hecho y de derecho son completamente distintos a los que se derivan de su condición de contribuyente.

DECLARACION DE RETENCION EN LA FUENTE/REGIMEN SANCIONATORIO

Es claro que la disposición final del art. 85 de la Ley 9a. de 1983 sobre prescripción de las demás sanciones en el término de 2 años al referirse a "las demás sanciones" comprendía a la indicada en el número 1 del art. 72 o sea a la responsabilidad solidaria del agente retenedor, a la cual la ley le atribuyó el carácter de sanción. Dicho término comenzó a correr a partir de cada uno de los meses del año de 1985 cuando se realizaron los abonos en cuenta o los pagos que originaron retención y vencieron en 1987 y por ello el acto sancionatorio que fue expedido en el mes de marzo de 1988 resultó extemporáneo, fuera del término de que gozaba la Administración para expedirlo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 4684. Actor: Occidental de Colombia Inc. OXY. Impuesto Renta - Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se anulan los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 22 y 23 de 1988 y 25 y 26 de 1989.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, a través de la Resolución No. 0023 de fecha 4 de marzo de 1988, fundamentada principalmente en la Ley 38 de 1989, Ley 52 de 1977, Ley 55 de 1985, Ley 9a. de 1983, Decreto 3141 de 1984, Decreto 1889 de 1985, Decreto 2992 de 1985 y Decreto 2509 de 1985, determinó que la demandante incumplió con la obligación de descontar retenciones en la fuente por la vigencia fiscal de 1985, con base a lo establecido en la inspección contable practicada como agente retenedor. Como consecuencia de ello, reconoció a favor de la Nación y con cargo a OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. la cantidad de $787'408.095 más los intereses moratorios respectivos.

En la misma fecha, la Administración profirió la Resolución 022, a través de la cual, liquidó por concepto de intereses moratorios a cargo de la contribuyente, la suma de $21'889.379.

Los anteriores actos administrativos, fueron confirmados en su totalidad, por las Resoluciones 025 y 026 de fecha 30 de marzo de 1989, respectivamente.

LA DEMANDA

El apoderado de la sociedad, acudió ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y solicitó la nulidad de las resoluciones acusadas, con los siguientes argumentos:

A. NULIDAD POR VICIOS DE FORMA

1. Prescripción de la sanción de responsabilidad solidaria.

En atención a que por medio de los actos administrativos impugnados, la Administración determinó la responsabilidad solidaria de la OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. en su calidad de agente retenedor, por las presuntas sumas dejadas de retener durante la vigencia fiscal de 1985 y a que la normatividad aplicable al discutido período era el Decreto 3803 de 1982, artículo 72 que en forma expresa establecía como sanción la solidaridad entre el agente retenedor y el contribuyente, consideró que la mencionada sanción, en virtud de lo dispuesto en la Ley 9a. de 1983, artículo 85, prescribió en el término de dos años, que en el caso en discusión se cumplieron el 31 de diciembre de 1987.

Adujo que de la Resolución 023 de 1988, a pesar de su ausencia de motivación normativa, se deduce que impone una sanción y no como lo afirma la Administración que es de cobro, en cuanto señala que contra ella sólo cabe el recurso de reposición, el cual sólo procede contra liquidaciones, sanciones o actos de determinación del tributo y como dicha Resolución no puede considerarse como una liquidación oficial, ni como un acto de determinación del tributo, por sustracción de materia, tiene el carácter de sanción.

Concluyó entonces que, la responsabilidad solidaria que pretendió imponer la Resolución 023 tiene el carácter de sanción y como tal, ya prescribió.

2. Inexistencia de norma que consagre la responsabilidad solidaria.

En opinión del actor, la Resolución 023 se fundamentó en el artículo 72 del Decreto 3803 de 1982, en lo referente a la solidaridad, por cuanto a pesar que la mencionada resolución no cita la norma expresamente, se remite al Acta de visita y en ésta sí se le invoca, el cual para la fecha de expedición de la mencionada Resolución, había sido expresamente derogado por el artículo 154 del Decreto 2503 de 1987.

Frente al argumento de la Administración, referente a que la norma que sustenta la solidaridad, es el artículo 6o. de la Ley 52 de 1977, arguyó en primer lugar, que dicha disposición en ningún momento fue citada, ni en el Acta de visita, ni en la Resolución y en segundo lugar, que el mencionado artículo fue derogado tácitamente por el artículo 72 del Decreto 3803 de 1982, en forma diferente, que el primero.

Igualmente adujo, de acuerdo con las disposiciones de la legislación civil que regulan la materia, que la solidaridad sólo puede darse por expresa disposición legal o por aceptación contractual y en el caso materia de estudio, no se cumple ninguno de los anteriores presupuestos.

Por último en este punto, estimó que en virtud del principio de favorabilidad, consagrado constitucionalmente, no podía imponerse la sanción consistente en la solidaridad entre el agente retenedor y el deudor principal, en cuanto que el Decreto 2503 de 1987 en su artículo 154, derogó dicha pena y tal derogatoria estaba vigente al momento de expedir la Resolución 023.

3. Falta de motivación.

En líneas generales destacó que las resoluciones impugnadas si bien hicieron una enumeración de preceptos legales, en modo alguno los relacionaron con el caso en cuestión por cuanto en ellas se omitió explicar, en qué forma tales preceptos eran aplicables.

Igualmente subrayó que la Administración invocó el Decreto 74 de 1976, el cual para esa época, había sido derogado por el Decreto 2503 de 1987.

Adujo que la referencia que hizo la Resolución 023 en su considerando 10 al Acta de visita, no puede entenderse como motivación de aquella, por cuanto cada acto administrativo debe contener su motivación particular.

Encontró sustento a este argumento, en la Resolución 25 de 1989, en donde claramente se dijo que la motivación de la Resolución 023 de 1988, se halla en el Acta de visita.

4. Extinción de la responsabilidad solidaria.

Argumentó que a pesar de que la responsabilidad solidaria era inaplicable en el presente caso, tampoco era posible invocarla en el evento de no entenderse así, por cuanto la obligación tributaria se extinguió como consecuencia del pago de los deudores principales, vale decir, porque los beneficiarios de los pagos cancelaron ya los respectivos impuestos.

Observa sin embargo que, de aceptarse que la Resolución 23, como lo sostiene la Resolución 25, no contiene una acción por responsabilidad solidaria, sino una acción de cobro por sumas dejadas de retener, ésta carecería por completo de asidero jurídico, por cuanto no existe disposición legal que faculte a la Administración, para que sin configurar la responsabilidad solidaria, cobre al agente retenedor las sumas dejadas de retener.

5. Presunción de veracidad de la relación de retenciones en la fuente.

En opinión del apoderado de la Sociedad, la presunción de veracidad que ampara las relaciones de retención en la fuente, no fue desvirtuada, por cuanto el Acta de Visita adolece de vicios fundamentales en materia probatoria.

6. Operancia del silencio administrativo positivo.

En primer lugar adujo que, la Resolución 25 de 1989 es nula por cuanto omitió resolver todas las cuestiones planteadas, como la relativa a la extinción de la responsabilidad solidaria, planteadas con motivo del recurso de reposición, omisión ésta que acarrea la nulidad del acto administrativo, en virtud de lo estatuido en los artículos 59 y 84 del C.C.A., al no poderse considerar resuelto el mencionado recurso de reposición.

En segundo lugar arguyó que, en consideración a que la Resolución 025 no ordenó la práctica de las pruebas, omitió dar aplicación al ord. 6o. del artículo 5o. de la Ley 52 de 1977 y al ord. 6o. del artículo 152 del C.P.C., con lo cual se configuró otra causal de nulidad.

B. NULIDADES POR VICIOS DE FONDO DEL RECONOCIMIENTO DE SUMAS ADICIONALES POR PAGAR POR CONCEPTO DE RETENCION EN LA FUENTE

En este acápite, el apoderado de la demandante objetó las glosas propuestas en el Acta de Visita, *ítem* por *ítem.*

Explicó entre otros que: Los viáticos ocasionales eran totalmente exentos y en un 50% si se trataba de viáticos permanentes, de acuerdo con el Decreto 2053 de 1974, artículo 72: Que los gastos de mudanza de personal extranjero, los pagos a terceros, vale decir, los que efectúa la compañía a través de sus trabajadores, los anticipos y los préstamos, no constituyen ingresos para éstos en cuanto que no tienen la potencialidad de producir un incremento neto en el patrimonio: Que la Administración incluyó indebidamente sumas sobre las cuales ya se había practicado retención; igualmente refutó las adiciones salariales a empledos con nómina especial, con fundamento en que en el Acta no se estableció cuáles fueron los trabajadores beneficiados con las mencionadas adiciones, como tampoco, cuál fue el monto pagado a cada uno; de otra parte aclaró que en atención a que la Compañía celebra contratos de obra completa, en los cuales la prestación se mira como un todo y sólo hasta su terminación se ve realizado el ingreso, el dinero entregado al contratista antes de la finalización de la obra, es un mero anticipo que no constituye pago y en consecuencia no causa aún la obligación de retener en la fuente. También refutó las tarifas aplicadas en la actuación administrativa, por considerar que fueron indebidas, ya que la Administración en este punto, cambió la naturaleza jurídica de algunos pagos efectuados, como por ejemplo los

servicios técnicos y contratos de construcción, que fueron equivocadamente considerados como honorarios o servicios personales, al igual que impuso el pago de retención sobre ingresos que no constituyen renta de fuente nacional.

Subrayó también que existen glosas no explicadas por la Administración, con lo cual se vulneró el derecho de defensa.

Explicó que se le aplicó retención a operaciones que fueron compensadas, revertidas, rescindidas, anuladas o resueltas y por ende no procedía aquélla.

Aclaró que los pagos realizados a Mannesmann, no daban lugar a retención por cuanto se derivaron de un contrato llave en mano.

C. NULIDADES POR VICIOS DE FONDO DEL RECONOCIMIENTO DE SUMAS POR PAGAR POR INTERESES

Observó la contribuyente que, como consecuencia de que no hay lugar a pagar sumas adicionales por concepto de retención en la fuente, tampoco hay lugar a pagar los correspondientes intereses.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado de la Nación, se opuso a los cargos de la demanda, así:

A. NULIDADES POR VICIOS DE FORMA

1. Prescripción de la sanción por responsabilidad solidaria.

En primer lugar, adujo que no operó el fenómeno de la prescripción, en cuanto que el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, no es aplicable en materia de retención.

En segundo lugar, aclaró que las resoluciones acusadas no son constitutivas de la obligación tributaria, ya que ésta se estableció previamente en la visita de inspección tributaria y se consolidó en el Acta notificada el 19 de noviembre, sino que son títulos de cobro de tal obligación.

En tercer lugar objetó la prescripción alegada, con el fundamento que por tratarse de una acción de cobro, la Administración disponía de 5 años, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 107 del Decreto 2503 de 1987.

2. Inexistencia de norma que consagre la responsabilidad solidaria.

Argumentó que la norma en cuestión es el artículo 6o. de la Ley 52 de 1977, que se halla dentro de las normas enumeradas en la página 15 del Acta de Visita.

3. Falta de motivación.

Consideró que las Resoluciones acusadas contienen todas las normas en que se basan y que si bien es cierto que no contienen en forma expresa todos los antecedentes que las motivaron, ésto obedeció a que ellos se hallan contenidos en el Acta de Visita, como en ellas se explicó.

4. Extinción de responsabilidad solidaria.

Sostuvo el apoderado de la Nación que no es aceptable el argumento de la Sociedad actora, al considerar ésta que la extinción de la obligación por parte del obligado principal, la libera de su responsabilidad frente al fisco, por cuanto el artículo 6o. de la Ley 52 de 1977 establece que al configurarse la responsabilidad solidaria entre agente retenedor y el contribuyente, para el fisco es indiferente que éste satisfaga la obligación y solamente le da derecho al agente retenedor, a repetir, en caso de que se haya efectuado el pago por parte del sujeto de la obligación sustancial del tributo.

5. Presunción de veracidad de la relación de retenciones en la fuente.

Consideró desvirtuada la presunción de veracidad de las relaciones que planteó la demandante, por cuanto en el derecho tributario no opera la analogía y por tanto no es posible extender a ellas tal presunción, que por ley sólo cobija al denuncio rentístico.

6. Operancia del silencio administrativo positivo.

En primer lugar aclaró que, el silencio administrativo positivo, sólo opera en los casos expresamente señalados en la ley.

Igualmente argumentó que, no puede confundirse el silencio absoluto de la Administración respecto a los recursos interpuestos, con los vicios de forma o de fondo de las providencias.

B. NULIDADES POR VICIOS DE FONDO DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS ADICIONALES POR PAGAR POR CONCEPTO DE RETENCIONES EN LA FUENTE

En relación con el análisis de la situación concreta sobre los distintos *ítems* sujetos a retención según el Acta de Visita, en líneas generales sostiene la Nación, que en los descargos, la parte se limitó a hacer un somero comentario sin argumentaciones de tipo jurídico o probatorio, que no es aceptable teniendo en cuenta que, no es suficiente la simple manifestación de inconformidad.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal resolvió así los planteamientos propuestos:

A. NULIDADES POR VICIOS DE FORMA

Prescripción de la sanción de responsabilidad solidaria.

Sostuvo la Corporación que, a pesar de que la solidaridad es una obligación, en materia de retención en la fuente se estableció como sanción, lo cual implica aceptar la consecuencia de responder ante la Administración por el total del cumplimiento de la prestación debida.

Así las cosas, estimó el Tribunal que es aplicable el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, vigente para la época de la visita, que consagra la prescripción de las sanciones en forma genérica, en un período de dos años.

Igualmente indicó el *a-quo* que el término de dos años no está sometido a suspensión alguna, por lo cual corre sin interrupción a partir de los hechos que originan la sanción y por ello, como el período objeto de revisión fue el comprendido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1995, y la resolución que impuso la sanción es del 4 de marzo de 1988, notificada el mismo día, habían transcurrido ya más de dos años, por lo cual la prescripción alegada se ha configurado. Esto, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 3803 de 1982 artículo 72 y Ley 9a. de 1983, artículo 85.

Concluyó la Corporación que en atención a que la solidaridad es una sanción por definición legal, prospera el cargo, y por lo tanto no procede a estudiar los demás cargos propuestos.

LA APELACION

La apoderada de la Nación objetó los planteamientos del fallo de primera instancia por cuanto consideró que la Administración Tributaria en ningún momento impuso sanción por responsabilidad solidaria, sino que profirió dos resoluciones de cobro, por no consignar la retención en la fuente en su oportunidad y sus respectivos intereses, para las cuales el término era de 5 años, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 77 del Decreto 3803 de 1982, hoy 815 (sic) del Estatuto Tributario.

En segundo lugar, refutó el argumento del Tribunal, según el cual la solidaridad es calificada como sanción por el artículo 72 del Decreto 3803 de 1982, en cuanto dijo que tal norma fue derogada expresamente por el Decreto 2503 de 1987 en su artículo 154 y que de acuerdo con el artículo 1568 del Código Civil, la solidaridad es una garantía más efectiva y al haberse creado por ley la responsabilidad solidaria para efectos de la retención en la fuente, no se puede concluir que ésta sea una sanción.

Por último, y respecto a los intereses moratorios, adujo que el Tribunal contravino el mandato del artículo 85 de la Ley 9a. de 1983 que establece que la sanción por mora prescribe simultáneamente con la obligación principal.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por la Doctora Ana Margarita Olaya de Obando, no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

El tema central de la controversia que se dirime en la segunda instancia de este proceso, se refiere a la responsabilidad solidaria del agente retenedor, su naturaleza y la forma de determinarla.

Para abordar el problema, la Sala tiene en cuenta que es necesario concretar el examen a la legislación del año de 1985 de que se trata, porque en esta materia en la que aún la doctrina no es uniforme, la legislación le ha dado diversos tratamientos.

Sabido es que la responsabilidad solidaria del agente retenedor es un caso distinguido en el Derecho Tributario como de sujeto pasivo sustituto, lo que implica que tanto por el aspecto del señalamiento del sujeto pasivo, como por el de la asignación de la responsabilidad a un sujeto distinto del contribuyente directo, deben estar estrictamente ceñidos a las disposiciones de índole legal, porque ambos aspectos son de exclusiva competencia del legislador.

Un repaso de las principales normas que en distintas épocas ha regulado la materia demuestra que el legislador colombiano no ha tenido una directriz doctrinaria constante.

En el año de 1961 según el artículo 104-4 del Decreto 1651 de tal año, son solidariamente responsables "los retenedores con los contribuyentes respectivos, pero únicamente en cuanto al impuesto que estando legalmente obligados omitieren retener", es decir, que desde aquella época el agente retenedor respondía sólo por lo que estaba obligado a retener pero no por el total del gravamen a cargo del respectivo contribuyente y la solidaridad era simplemente una expresión de la voluntad del legislador sin asignarle un carácter distinto al que realmente le corresponde.

La Ley 38 de 1969 que reestructuró la retención en la fuente como sistema de recaudo, conjuntamente con el llamado anticipo (cobro corriente del impuesto) y con el objeto de preservar la efectividad del sistema, además de la tipificación de algunos hechos relacionados con la retención como delitos de peculado impropio y falsedad, consagró como **sanciones** por no hacer las retenciones, el desconocimiento de los costos y deducciones y la causación de intereses moratorios; además dispuso en el artículo 13 la responsabilidad solidaria solamente cuando no se realizaba retención pero sobre pagos que no constituían costo o deducción; además aclaró esta norma que "el límite de responsabilidad será fijado por la respectiva oficina liquidadora en providencia especial".

Más tarde, la Ley 52 de 1977 de indudables avances doctrinarios, no incluyó a los agentes retenedores dentro del listado de responsables sustitutos en el artículo 3o., sino

que en el artículo 5o. instituyó una responsabilidad solidaria en algunos eventos o condiciones en que se hubiere hecho la retención y en el artículo 6o. una responsabilidad solidaria por la suma que está obligado a retener el agente, sin perjuicio del derecho de reembolso contra el contribuyente.

Complementó esta normatividad el Decreto 3803 de 1982, que amplió considerablemente el ámbito de la retención pero disponiendo en el artículo 71 continuar con las obligaciones señaladas en la Ley 38 de 1969 y 52 de 1977. De especial importancia para este proceso es el artículo 72 que dispuso:

> "ARTICULO 72. Quienes no hagan la retención en la fuente estando obligados a hacerlo, o lo hagan en cuantía inferior a la exigida, incurrirán en las siguientes **sanciones** (destaca la Sala):
>
> 1. Responderán solidariamente con el contribuyente por la suma que ha debido ser retenida.
>
> 2. Se les desconocerán los correspondientes costos y deducciones.
>
> 3. Pagarán los correspondientes intereses moratorios".

Destaca la Sala, como lo ha hecho insistentemente la demandante, que el legislador le atribuyó a la responsabilidad solidaria un carácter sancionatorio para quienes incumplían la principal obligación del retenedor.

Si se piensa en la forma y oportunidad de aplicar las sanciones indicadas en el artículo 72 del Decreto 3803 de 1982, es fácil concluir que la tercera consistente en los intereses moratorios, se debía cumplir en el momento del pago extemporáneo de la retención; la segunda, o sea, el desconocimiento del carácter de costos o deducciones, estaba ligada al proceso de determinación del impuesto, es decir a su inclusión en el requerimiento especial y en la liquidación de revisión. Pero la primera, o sea la que interesa al caso, que no encajaba ni en los momentos ni en los procedimientos anteriormente mencionados, necesariamente requería un procedimiento distinto, que no era otro que el de su determinación mediante una providencia especial (como lo previó el legislador en el artículo 13 de la Ley 38 de 1969).

Y debía ser objeto de una providencia especial porque no podía incluirse en el proceso de determinación de su impuesto, ya que no se trata de fijar el impuesto a su cargo, sino de una **sanción** por no haber hecho las retenciones en la fuente que son aplicables a los impuestos de otros contribuyentes y debía ser especial porque los elementos de hecho y de derecho son completamente distintos a los que se derivan de su condición de contribuyente. De ahí que resulte impropio pretender aplicarle la normatividad que rige para la liquidación del impuesto por **aforo** al contribuyente que hubiere omitido su obligación de hacer declaración tributaria y que el mismo Decreto

3803 de 1982 en su artículo 23 fijó en cinco años, de ahí también, que el recurso concedido contra la Resolución 023 fue el de "reposición" y no el de "reconsideración" que era el especial contra las liquidaciones de impuesto.

Además, el Decreto 3803 de 1982 estableció la posibilidad procedimental para la Administración de imponer algunas sanciones por fuera de la liquidación del impuesto, como la causada por irregularidades contables (art. 58), porque ese tema estaba ligado al término de prescripción de la facultad sancionatoria.

Es por ello que en el artículo 61 del precitado Decreto, que en el año siguiente fue sustituido por el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, se dispuso:

> "La sanción por mora prescribe simultáneamente con la respectiva obligación sustancial.
>
> Las sanciones por inexactitud y aforo prescriben en el mismo término para aforar o revisar. La sanción por libros prescribe en el mismo término establecido para revisar.
>
> **Las demás sanciones prescriben en el término de dos (2) años".**

Para la Sala es claro que la disposición final del artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, al referirse a "las demás sanciones" comprendía a la indicada en el número 1 del artículo 72 o sea a la responsabilidad solidaria del agente retenedor, a la cual la Ley le atribuyó el carácter de sanción. Dicho término comenzó a correr a partir de cada uno de los meses del año de 1985 cuando se realizaron los abonos en cuenta o los pagos que originaron retención y vencieron en 1987 y por ello el acto sancionatorio que fue expedido en el mes de marzo de 1988 resultó extemporáneo, fuera del término de que gozaba la Administración para expedirlo.

El artículo 77 del Decreto 3803 de 1982 (complementado por el art. 17 del D. L. 398/83) invocado por la entidad demandada no era aplicable por varias razones: porque tal artículo estableció un término de 5 años de prescripción de la acción para exigir el pago de la liquidación privada y de las liquidaciones de revisión y de aforo en impuestos sobre la renta y ventas, pero no sobre obligaciones derivadas de la retención en la fuente; además consagró el término de prescripción para la acción de cobro que supone la existencia del acto firme de liquidación, que aquí no se había expedido. –Para el año de 1988 ya estaba sustituido por el artículo 107 del Decreto 2503 de 1987–.

Es por ello que la Sala coincide en un todo con el razonamiento del Tribunal para anular los actos acusados por lo que será confirmada la sentencia apelada.

Adicionalmente procede a hacer precisiones sobre algunos aspectos que se han debatido en el proceso.

En primer lugar, que a la historia ya reseñada de la institución de la responsabilidad solidaria de los agentes de retención, hay que agregar que a partir de 1988 su procedimiento y su sentido tuvieron un radical cambio por haberse introducido un nuevo sistema mediante el Decreto Extraordinario 2503 de 1987 (diciembre 30).

Mediante este decreto, en cambio del boletín mensual que se utilizaba para consignar los valores retenidos, se estableció la **declaración tributaria** de los mismos, sujeta a iguales formalidades que las demás declaraciones conocidas y fue sometida al mismo y aún más severo régimen de sanciones (Dcto. 2503 de 1987, art. 9o., más arts. 36, 37, 38, 40, 44, etc.). Dicha declaración quedó sometida al procedimiento de requerimiento especial previo, liquidación de revisión y sanciones decrecientes según la etapa de aceptación por parte del sujeto. La falta de declaración quedó igualmente sometida, previo emplazamiento, al sistema de liquidación de **aforo** con el máximo de sanción susceptible de disminuir en las etapas posteriores (arts. 56-3, 58, etc.). Las modificaciones que introdujo el Decreto 2503 de 1987 explican la larga lista de disposiciones derogadas que contiene el artículo 154 dentro de las cuales figuran varios artículos de la Ley 38 de 1969 y del Decreto 3803 dentro de ellos el artículo 72 y otros relacionados con el tema de la retención en la fuente y la solidaridad del agente dejó de ser una "sanción" como la había concebido el Decreto 3803. De ahí que no puedan invocarse varias de sus disposiciones como soporte en la actuación administrativa controvertida que se refería a hechos sancionables acaecidos con anterioridad a su expedición, cuando otra era la normatividad que los regía.

Tampoco puede atribuirse al Acta de Inspección un valor distinto al que procedimentalmente tiene: el Acta es la comprobación documental de la realización de una diligencia de investigación tributaria, que si ha sido formal y legalmente bien extendida, puede servir de soporte y motivación a la Administración para expedir el acto administrativo que corresponda, como en el caso que se atiende, de determinación de unas sumas de retención en la fuente, dejadas de practicar por un agente, según la demostración hecha en dicha investigación controvertida a raíz del traslado del Acta y oída la empresa en sus descargos y pruebas como lo consigna la Resolución 023.

Pero el "acta" no es el "acto", como para poder afirmar que la Resolución 023 de 1988 (intereses moratorios) era un título de cobro de las sumas previamente establecidas en el Acta de Inspección. No. Para la Sala la Resolución 023 fue un acto de determinación de valores a cargo de un agente retenedor en tal condición y como responsable solidario con varios contribuyentes a quienes hizo pagos y abonos en cuenta por conceptos sometidos a retención en la fuente. Dicha determinación, cuyos elementos fácticos son los consignados en el Acta de investigaciòn y con fundamento en el artículo 72 del Decreto 3803 de 1982 tenía un carácter de sanción que de haber quedado en firme (y desde luego de no haber sido anulada por la jurisdicción) constituiría título ejecutivo en virtud de lo dispuesto por el artículo 68 numeral 1 del Decreto 01 de 1984.

En razón a lo anteriormente expuesto no es necesario entrar a analizar otros aspectos que se plantearon en el proceso pues se impone la anulación de los actos acusados, tal como lo decidió en primera instancia el Tribunal de Cundinamarca.

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 que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Cuarta– el 30 de noviembre de 1992 en el expediente No. 7215.

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.

SALARIO–Elementos

Para que un pago constituya salario, como bien lo expresan los arts. 127 y 128 del C.S.T. se requiere: 1) Que exista una relación laboral, en virtud de la cual una persona natural se compromete a prestar servicios personales a otra natural o jurídica, con subordinación o dependencia. 2) Que la suma recibida a la contraprestación que el patrono debe al trabajador no solo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero. 3) Que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del patrono y, que además no sea habitual. 4) Que constituya un ingreso personal del trabajador, esto es, que no corresponda a reembolso de gastos ni a dinero recibido de parte del patrono para enriquecer el patrimonio del asalariado, sino para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por aquel.

BONIFICACION/SALARIO/APORTE PARAFISCAL/INGRESO GRAVADO

Dentro de las condiciones establecidas por el artículo 127 del C.S.T., al determinar las circunstancias que excluyen las bonificaciones como salario, fija no solamente la liberalidad del patrono (no obligatoriedad) sino lo ocasional de la bonificación. Una bonificación puede ser concedida por liberalidad pero si se repite en forma que constituya hábito se tornará en salario. En consecuencia, en la medida que el pago se haga regularmente en forma habitual, o que, aún cuando se efectúe por única vez, exista obligación de pagarlo, constituye retribución del servicio y por lo tanto es salario. Y es obligatorio un pago cuando el patrono por imperio de la ley, de la Convención Colectiva de Trabajo o del contrato mismo deba solucionarlo; de tal suerte que cualquier bonificación que se

pacte en convenciones colectivas son salario para efectos fiscales y parafiscales, aunque en la convención se le denomine de diferente manera o se indique expresamente que no constituye salario.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4635. Actor: Cervecería del Litoral S.A. Nit 860.507.806. Apelación de la sentencia de 6 de noviembre de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto Renta 1985. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de noviembre de 1992, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad CERVECERIA DEL LITORAL S.A. NIT 860.507.806, contra los actos administrativos que determinaron a su cargo el impuesto de renta y complementarios por el período gravable de 1985.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente, presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente el año gravable de 1985 el día 5 de mayo de 1986, en la que determinó privadamente el impuesto a cargo en la suma de $53.383.217.

Previa inspección contable ordenada por Auto Comisorio No. 000013 de 19 de noviembre de 1987, mediante el requerimiento especial No. 000073 de abril 13 de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá propuso a la sociedad la modificación de su liquidación privada, como consecuencia del rechazo como costos de la suma de $11.338.767, pagada por la sociedad por concepto de bonificación en razón de que no acreditó sobre tal cantidad el pago de contribuciones parafiscales.

Proposición que concretó en la liquidación oficial No. 000253 del 27 de julio de 1988, en la que le determinó mayor impuesto a cargo por valor de $4.535.506.

Contra dicho acto administrativo la sociedad interpuso el recurso de reconsideración que fue fallado mediante la Resolución A-000067 del 18 de agosto de 1989, con confirmación de la liquidación oficial practicada, al considerar que al examinar la Convención Colectiva de la empresa, dichas bonificaciones eran obligatorias y no mera liberalidad y por lo tanto formaban parte integrante de la base para liquidar aportes parafiscales.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la sociedad actora, para acusar el acto administrativo de violar los artículos 44 y 45 del Decreto 2053 de 1974 y los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, porque las bonificaciones que entregó la empresa, por mera liberalidad, a los trabajadores que presentaran renuncia, no eran habituales ni mucho menos obligatorias, ya que de acuerdo con la Convención no tenía la empresa obligación de pagarla porque su cláusula 9a. numeral 5o. solo lo establece para el despido sin justa causa.

Que la bonificación no es habitual lo indica la propia lista de beneficiarios elaborada por los funcionarios que elaboraron la visita en donde se observa que dicho pago se efectuó por una sola vez a cada uno de ellos.

Concluye que si la bonificación pagada por mera liberalidad no constituye salario conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, no podía formar parte de la base para las contribuciones parafiscales.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada, denegó las súplicas de la demanda porque examinadas las pruebas obrantes en el expediente, especialmente la Convención Colectiva de Trabajo 1984-1986, cláusula 9.6, permitían concluir la obligatoriedad y habitualidad de la bonificación, su carácter de salario y por ende la obligación de dar cumplimiento al parágrafo del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 para efectos de su reconocimiento fiscal.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia para exponer que ni la cláusula 9.6, ni la 15.5 de la Convención Colectiva de Trabajo, citadas por el Tribunal como fundamento de su decisión, hacen alusión a los pagos efectuados por CERVECERIA DEL LITORAL S.A. durante el año gravable en discusión. Insiste, que el pago de la bonificación especial o extralegal a los trabajadores que presentaron renuncia voluntaria en 1985 fue por mera liberalidad. Condición que se desprende del mismo dictamen pericial que determina que los pagos se encuentran contabilizados como "bonificación especial" y que a dicho pago no le son aplicables las cláusulas 9.6 y 15.5 de la Convención, porque ellas se refieren a la indemnización por motivo voluntario, que por referirse al resarcimiento de un daño, es distinta del concepto de bonificación que por ser voluntaria del patrono y a título de mera gratuidad equivale a un regalo.

Concluye que solo en relación con el señor Abelardo Muñoz, que se retiró para disfrutar de su pensión de jubilación, puede aplicarse el numeral 5o. de la cláusla 15.5.

ALEGATOS DE CONCLUSION

De la actora.

La apoderada de la actora al alegar de conclusión insiste en que las bonificaciones especiales pagadas por la sociedad, no constituían base para liquidar aportes parafiscales en razón a que dichos pagos fueron efectuados a título de mera liberalidad por el patrono y por una sola vez a cada uno de los beneficiarios ya que no fueron hechos en desarrollo de las cláusulas 9.6 y 15.5 de la Convención Colectiva 1984-1986 como equivocadamente lo consideró el Tribunal.

Llama la atención sobre el hecho de no habitualidad de tales bonificaciones, que se encuentra probado con el muestreo realizado con ocasión de la práctica de la diligencia ordenada por el Tribunal, al cual no se hace referencia en la sentencia acusada.

Concluye que ni la Administración ni el *a-quo* dieron calificación acertada a los pagos realizados como deducción, ya que no corresponden a ninguno de los conceptos contenidos en las cláusulas de la Convención.

Pide se revoque la sentencia y se despachen favorablemente las súplicas de la demanda.

De la demandada.

La entidad demandada al alegar de conclusión por medio de apoderada, luego de hacer un recuento de los hechos y de expresar que "frente a la presunción del artículo 782 del Estatuto Tributario que cobija a la inspección realizada, la actora opone la Convención Colectiva de Trabajo 1984-1986 de la empresa Cervecera, y que no es más que un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa", por lo que es acertada la decisión del Tribunal al considerar tales bonificaciones como salario.

Deriva la obligatoriedad del pago de las cláusulas 9.6 y 15.5 de la citada Convención y se refiere a una sentencia del 1o. de febrero de 1979 (no indicó número de expediente, actor, demandado ni consejero ponente) sobre la obligatoriedad de los pagos reconocidos en convenciones para deducir su carácter de salario; y a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de septiembre 16 de 1958, que según su entender armoniza con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, pues se refiere a los elementos que permiten determinar "cuándo una suma constituye salario".

Pide se confirme la sentencia apelada.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación, estima que la sentencia apelada debe ser revocada para acceder a las

súplicas de la demanda porque los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo establecen los factores que conforman la noción de salario, y entonces, *contrario sensu,* a lo establecido por el artículo 128 *ibídem:* "se infiere que las sumas que los trabajadores habitualmente reciben del patrono, como contraprestación del servicio, originadas en contratos individuales, en reglamentos de trabajo, o en Convenciones Colectivas, sí constituyen salario, pues no se obtienen en calidad de premio, o por mera liberalidad del empleador, sino, según se ha dicho, como remuneración por los servicios prestados".

Carácter de habitualidad y obligatoriedad que en su concepto, no se deriva, para los pagos cuestionados de la cláusula 9.6 de la Convención, ya que mientras ella alude a una eventual indemnización, cuya naturaleza jurídica difiere de la que corresponde a la bonificación, la interpretación que le dan el Tribunal y la Administración, le hacen decir lo que no dice, atribuyéndole un significado que no tiene. Acusa de no ser cierta la conclusión a que llegan, pues la bonificación se paga a título de mera liberalidad y ocasionalmente, no para remunerar los servicios de los trabajadores, sino, justamente porque éstos dejan de prestarlos, a consecuencia de la renuncia voluntaria del cargo, ciñéndose, al efecto al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y no a las directrices trazadas en la cláusula 9.6 de la Convención cuyo contenido apenas prevé el estudio entre las partes del retiro y la negociación de la indemnización o resarcimiento a que hubiese lugar.

Estima que las pruebas que obran dentro del expediente señalan, que los pagos se originaron por renuncia voluntaria de los trabajadores, habiéndoseles contabilizado y registrado como beneficiarios especiales en la cuenta denominada "otros gastos sociales".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental en este proceso no es otro que el relacionado con la prueba de la naturaleza de los pagos efectuados por la actora al personal de trabajadores, con el fin de determinar si éstos a la luz de lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituyen salario, evento en el cual estarían sujetos al pago de aportes parafiscales o si no lo son de conformidad con el artículo 128 *ibídem,* caso en el cual no estaría condicionado su reconocimiento fiscal a tal satisfacción. De acuerdo con lo establecido en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución de sus servicios de manera habitual sea cualquiera la denominación que se le dé y no constituye salario, de conformidad con el artículo 128 *ibídem,* entre otras, las sumas que recibe el trabajador ocasionalmente por mera liberalidad del patrono, como las que recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como lo son los gastos de representación y los de transporte, las prestaciones sociales.

Analizadas las pruebas arrimadas al proceso: acta de inspección administrativa, dictamen pericial y la convención colectiva de trabajo, se infiere que la suma de

$11.338.767 solicitada como costos fue rechazada por la Administración porque, según afirma el memorando explicativo de la liquidación de revisión "la Comisión Visitadora de Auditoría constató que se trata de bonificaciones que recibe el empleado al momento que se jubila o se retira de la empresa".

Como claramente lo ha precisado la Corporación en copiosa jurisprudencia, para que un pago constituya salario, como bien lo expresan los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo se requiere:

1) Que exista una relación laboral, en virtud de la cual una persona natural se compromete a prestar servicios personales a otra natural o jurídica, con subordinación o dependencia.

2) Que la suma recibida corresponda como se precisó en la sentencia del 13 de octubre de 1989, Expediente 1985, Actor SOFASA S.A., Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate: "a la contraprestación que el patrono debe al trabajador no solo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero".

3) Que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del patrono y, que además, no sea habitual.

4) Que constituya un ingreso personal del trabajador, esto es, que no corresponda a reembolso de gastos ni a dinero recibido de parte del patrono para enriquecer el patrimonio del asalariado, sino para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por aquél.

El término "habitual" es conforme al diccionario de la lengua y al sentido natural y obvio del vocablo, lo que se hace, produce o posee con continuación o hábito, esto es, por repetición de actos de la misma especie. Y dentro de las condiciones establecidas por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, al determinar las circunstancias que excluyen las bonificaciones como salario, fija no solamente la liberalidad del patrono (no obligatoriedad), sino lo ocasional de la bonificación.

Una bonificación puede ser concedida por liberalidad pero si se repite en forma que constituya hábito se tornará en salario.

La habitualidad no desaparece en razón a que el mismo trabajador no reciba de manera reiterada la prestación, pues tal configuración surge por virtud de la manera permanente como se cancela, o, por constituir una obligación pactada con los trabajadores, como por ejemplo, los auxilios por muerte, matrimonio o retiro de la empresa, etc.

Es claro, entonces, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo cuando exige el cumplimiento de dos condiciones simultáneas para decidir qué sumas provenientes

del anterior concepto, no constituyen salarios: a) que sean ocasionales, b) que se paguen por mera liberalidad.

En consecuencia, en la medida que el pago se haga regularmente en forma habitual, o que, aun cuando se efectúe por única vez, exista obligación de pagarlo, constituye retribución del servicio y por lo tanto es salario.

Y es obligatorio un pago cuando el patrono por imperio de la ley, de la Convención Colectiva de Trabajo o del contrato mismo deba solucionarlo; de tal suerte que cualquier bonificación que se pacte en convenciones colectivas son salario para efectos fiscales y parafiscales, aunque en la convención se le denomine de diferente manera o se indique expresamente que no constituye salario, porque si bien la Convención es ley para las partes, estas no pueden alterar las previsiones de la ley para efectos como el tributario, campo en el cual prima la definición legal, sin que lo previsto en los pactos laborales sea oponible al fisco.

Si bien es cierto que, como lo afirma la apoderada judicial de la actora, al pagarse la bonificación por retiro implica que ya el trabajador no prestará más servicios personales a su patrón, no por ello puede desconocerse que es precisamente la existencia del contrato de trabajo la que da origen, al terminarse, al pago de la bonificación pactada.

Aunque la actora reitera que el pago discutido no encaja dentro de las previsiones de la convención colectiva (Fl. 57 cdno. ppal.) a juicio de la Sala asiste razón al *a-quo* cuando lo hace derivar de las cláusulas 9.6 y 15.5 que dicen:

> "... 9.6 Retiro voluntario:
>
> "Cuando un trabajador solicite voluntariamete a la Empresa su retiro de ella, la negociación de tal retiro y la indemnización a que dé lugar se estudiará en la Jefatura de Relaciones Humanas, entre la Empresa, el Sindicato y el interesado".
>
> "... 15.5 Auxilio por pensión de jubilación:
>
> "15.5.1 La Empresa concederá un auxilio de cien mil pesos ($100.000.oo) Mcte., por una sola vez al personal que salga pensionado por cuenta de ella o del ISS, esta suma se incrementará en diez mil pesos ($10.000.oo) mcte., por cada año de servicios que el trabajador preste a la Empresa posterior a la fecha en que cumplió los requisitos para ser pensionado; este auxilio se pagará al momento del retiro...".

Porque si realmente el trabajador se retira voluntariamente, con terminación del contrato por mutuo acuerdo o unilateralmente, por causa justificada, no hay lugar a indemnización propiamente dicha, pues es fundamento de ésta "el perjuicio" que se irrogue al trabajador por causa del despido injusto.

Como lo prevé la misma Convención en su cláusula 9.5.

"Despido sin justa causa:

"En los casos de terminación unilateral del Contrato de Trabajo a término indefinido, por parte de la Empresa y sin justa causa comprobada, las partes pactan que por este motivo la Empresa deberá pagar al trabajador así despedido una indemnización en días de salario, así:...".

Adicionalmente analizadas las liquidaciones efectuadas a los trabajadores que presentaron la renuncia, cuya relación obra a folio 72 del cuaderno principal, acompañados al libelo por la propia actora (Fls. 64 a 77), se observa que la bonificación se pagó a todos, en proporción directa al salario y tiempo trabajado en la empresa, y que sobre todo advierte: "Se entiende que la suma "bonificación extralegal" incluida en esta liquidación, podrá compensarse con cualquier otra **que por derechos de carácter laboral** pudiese corresponderle al trabajador", asimilación que permite deducir la obligatoriedad del mencionado pago y su carácter compensatorio con otros pagos igualmente obligatorios.

No encuentra entonces la Sala fundamento legal para revocar la sentencia acusada y en consecuencia ésta habrá de confirmarse.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 6 de noviembre de 1993 en el juicio 7458.

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.

INGRESOS VARIOS/CODIGO DE REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL–Aplicación/**BANCOS/BASE GRAVABLE/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Los dos pilares sobre los cuales se basó la actuación administrativa la adición del concepto "ingresos varios", no se ajusta a derecho, pues en mención expresa, lo dispuesto en el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986, sí es aplicable al Distrito Especial, el cual debió utilizar la autorización legal para establecer la base impositiva y no acudir a la cuestionada excepción de ilegalidad. Es endeble el argumento que considera que la no inclusión del concepto "ingresos varios" en el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986, obedeció a "... la omisión en que incurrió la publicación oficial al eliminar, con evidente error de imprenta, el literal E del artículo 207, ya que el literal E de la Ley 14 de 1983, que correspondía a ingresos varios, fue sustituido en el Decreto-Ley por el rubro "ingresos en operaciones con tarjeta de crédito". ANULA LOS SIGUIENTES ACTOS ADMINISTRATIVOS: La resolución 204 del 17 de abril de 1990, la resolución 616 del 25 de octubre de 1990 y la resolución 05 del 28 de febrero de 1991, por medio de las cuales la Dirección de Impuestos y la Junta Distrital del Distrito Capital Santafé de Bogotá, determinaron el Impuesto de Industria, Comercio y Avisos, correspondiente al año gravable de 1987, a la sociedad BANCO DE COLOMBIA S.A.

INGRESOS VARIOS/BANCOS/SANCION DE INEXACTITUD–Improcedencia/**IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Como la Dirección de Impuestos Distritales adicionó a la base imponible declarada el rubro de "ingresos varios" e igualmente impuso por esta causa sanción por inexactitud, este proceder atendiendo al criterio que

al respecto ha expuesto la Sala en la sentencia anteriormente transcrita, resulta violatorio de las normas señaladas en el libelo demandatorio, motivo por el cual se impone acceder a las pretensiones del demandante concretadas en la solicitud de nulidad de los actos administrativos acusados y en la confirmación de la liquidación privada como restablecimiento del derecho conculcado. ANULA LOS SIGUIENTES ACTOS ADMINISTRATIVOS: La Resolución 204 del 17 de abril de 1990, la Resolución 616 del 25 de octubre de 1990 y la Resolución 005 de 28 de febrero de 1991, por medio de las cuales la Dirección de Impuestos y la Junta Distrital del Distrito Capital Santafé de Bogotá, determinaron el Impuesto de Industria, Comercio y Avisos, correspondiente al año gravable de 1987, a la sociedad BANCO DE COLOMBIA S.A.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4823. Actor: Banco de Colombia S.A. Impuestos - Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia del 12 de febrero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda iniciada por la sociedad BANCO DE COLOMBIA S.A., contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos por el año gravable de 1987, vigencia de 1988.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó declaración del impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1987, el día 1o. de julio de 1988, ante la Dirección de Impuestos de Bogotá, en cuya liquidación privada determinó un impuesto a cargo en la suma de $131.808.854.

Con base en esta declaración, la Dirección de Impuestos, previa diligencia de investigación tributaria, expidió la Resolución No. 204 del 17 de abril de 1990, en la cual oficialmente liquidó el impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1987 en $126.781.410, el de avisos en $19.017.212, más una sanción por inexactitud en la suma de $26.907.580.

Oportunamente la contribuyente interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, alegando su inconformidad con la liquidación oficial en la que sin motivo, se le aumentó la base gravable en el rubro "ingresos varios", en la suma de $2.690.758.547, así como, el aumento en el impuesto de avisos en $2.018.069, más una sanción de inexactitud en $26.907.580.

Por medio de la Resolución No. 616 del 25 de octubre de 1990, la Dirección de Impuestos Distritales, decidió el recurso en forma desfavorable a lo pretendido por la recurrente, al considerarlo improcedente, por cuanto la contribuyente declaró un menor impuesto, al no incluir la suma de $2.690.758.547, que corresponde al renglón de "Ingresos Varios", como lo exige la Ley 14 de 1983, y el Acuerdo 21 de ese mismo año.

El recurso de apelación fue resuelto mediante la Resolución No. 005 del 28 de febrero de 1991, expedida por la Junta Distrital de Hacienda, en la cual se confirmó el acto inicial. Con esta decisión se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Inconforme con el proceder antes descrito, el día 22 de agosto de 1991, la sociedad BANCO DE COLOMBIA S.A., por medio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el propósito de obtener de esta jurisdicción la nulidad de los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos por el período gravable de 1987, así como en restablecimiento del derecho la expedición de una nueva liquidación del impuesto.

Fundamenta su solicitud en las siguientes violaciones: Artículos 43, 76 ord. 13, 14, 18, 197 ord. 21 y 199 de la Constitución Nacional anterior, 338 y 317 ord. 4 de la Constitución de 1991, 14 y 27 del Código Civil, 3 y 9 de la Ley 153 de 1887, 58 del Código Político y Municipal, 207, 211 y 212 del Decreto-Ley 1333 de 1986, 1 de la Ley 8a. de 1991 y 53 del Acuerdo 21 de 1983.

En el acápite correspondiente al concepto de violación, sobre la adición a la base gravable por valor de $2.690.758.547, manifiesta la accionante, que de conformidad con lo dispuesto en el anterior artículo 197 de la Constitución Nacional, hoy artículo 313 ord. 4, en concordancia con los artículos 43, 76 ord. 13, 14 y 183 *ibídem,* el Distrito Especial de Bogotá no podía cobrar un impuesto que no había sido autorizado por ley precedente, dado que el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986 dejó insubsistente la posibilidad de cobrar el impuesto de industria y comercio a los bancos sobre "ingresos varios".

Explica que el artículo 207 del mencionado decreto extraordinario, aplicable al Distrito Especial de Bogotá por disposición expresa del mismo decreto, y por las leyes 8a. de 1991 y 11 de 1986, derogó los artículos 42 ord. 1 de la Ley 14 de 1983 y 98 del Acuerdo Distrital 21 de ese mismo año, que determinaban "que la base impositiva para la cuantificación del impuesto de industria y comercio en el sector financiero se establecería por los Concejos Municipales o por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá", de manera que: "Para los Bancos, los ingresos operacionales anuales" debían estar representados entre otros rubros, por el de ingresos varios.

En consecuencia, para que se aplique el artículo 207 del Decreto Ley 1333 de 1986, es claro para la demandante, que el anterior artículo 199 de la Constitución Nacional, "no se puede interpretar en el sentido de que el D.E. de Bogotá tiene un régimen completamente diferente del consagrado para los demás municipios del país, ya que solamente en el caso de que existan normas específicas contrarias al régimen común, éste último se deja de aplicar...".

Por otra parte, manifiesta su inconformidad con la sanción impuesta por inexactitud, porque de acuerdo con el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983, ésta solo procede "Cuando se establezca que las bases declaradas por el contribuyente **contienen datos incorrectos, incompletos o inexistentes",** circunstancia que en el presente caso no se da, por cuanto los datos de la declaración tributaria presentada por el Banco, están "conforme a la más acertada interpretación de la ley", así como a la expuesta en la circular No. 2 de 1988 y el oficio No. 448 del 25 de abril de 1989, de la Superintendencia Bancaria, en la que se expresó "que los ingresos varios no forman parte de la base gravable por declarar y que la cantidad que constituye la base gravable del Banco en el Distrito Especial por el año de 1987, es la cantidad de $22.407.347.593, que coincide con la declarada por el Banco en el renglón 15 columna H cuadro No. 1 de su declaración tributaria".

Por último observa que los funcionarios del Distrito para mantener la liquidación oficial aplicaron la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, actitud que para el demandante es discutible, toda vez que implicaría "insubordinación con respecto a funcionarios superiores de la Administración...".

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 12 de febrero de 1993, denegó las súplicas de la demanda previas las siguientes consideraciones:

Respecto de la adición de la base gravable por inclusión de los "ingresos varios" estimó, que la omisión del artículo 207 del Decreto Ley 1333 de 1986, de no incluir dentro de los ingresos operacionales el literal E de "ingresos varios", corresponde a un error de imprenta, pues de la observación detenida de la norma "se tiene, que del literal D (Rendimientos de inversión de la Sección de Ahorros), pasa directamente al literal F (Ingresos en Operaciones con Tarjetas de Crédito)", omisión que en manera alguna puede tenerse como derogatoria del artículo 42 de la Ley 14 de 1983, ni del artículo 98 del Acuerdo 21 de 1993.

Agrega a lo anterior, que si la intención del legislador hubiera sido la de suprimir el renglón de los ingresos varios, de todas maneras ésta subsiste en la definición legal, que de los ingresos operacionales hace el artículo 98 del Acuerdo 21 de 1983, norma ésta, que no fue modificada por el artículo 207 del Decreto-Ley 1333, como se afirmó en la sentencia del 14 de octubre de 1992, de esa misma Corporación, con ocasión de un proceso similar, en la cual se expresó:

"Otro razonamiento que debe hacerse, consiste en que en el caso en discusión, es aplicable el artículo 97 del Acuerdo 21 de 1983, el cual incluye dentro de los ingresos operacionales los "ingresos varios" y, además, si en gracia de discusión se aceptara que el artículo 207 del Decreto Extraordinario 1333 de 1986, suprimió los ingresos varios, no hizo lo mismo con los operacionales, por lo cual existe la definición legal que obliga a incluirlos dentro de la base gravable para el cálculo del impuesto".

En conclusión, para determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio, los ingresos varios deben incluirse dentro de los ingresos operacionales, según lo dispone el artículo 98 del Acuerdo 21 de 1983, norma, que por regular de manera especial el régimen de este impuesto, le es aplicable al Distrito Especial de Bogotá, lo que no ocurre con la Ley 14 de 1983, ni con el Decreto-Ley 1333 de 1986, "que de manera excepcional cobija al Distrito", interpretación que se sostuvo por esa misma Corporación, en la sentencia antes mencionada.

Por otra parte, se refiere el *a-quo* a la sanción impuesta a la sociedad por inexactitud en el impuesto, para concluir en que ella es correcta de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983, toda vez que la contribuyente no incluyó dentro de la base gravable los ingresos varios, dando lugar a la liquidación de un menor impuesto. Tampoco acepta el argumento de la accionante en el sentido de afirmar, que la sanción no es aplicable cuando hay una diferencia de criterio, por cuanto, la norma anteriormente mencionada no dispone tal eximente.

LA APELACION:

El apoderado judicial de la parte actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia anterior manifestando que es "carente de toda lógica" al admitir por una parte que el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986, es aplicable al Distrito Capital, como lo dispone expresamente la norma, pero que también lo son los artículos 42 de la Ley 14 de 1983 y 98 del Acuerdo 21 de 1983, con lo cual, los ingresos varios deben incluirse para la determinación de la base gravable del impuesto de industria y comercio.

Destaca la recurrente una falla fundamental de la sentencia al no pronunciarse sobre el artículo 1o. de la Ley 8a. de 1991, disposición que en criterio de la apelante es "interpretativa de todas las leyes anteriores que tratan del régimen aplicable a los municipios", y por tanto incorporada al C. de R. M. Igualmente, hace transcripción de algunos apartes de la sentencia del 21 de mayo de 1992, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano, en la que en un caso similar, sostuvo que el Distrito Especial de Bogotá goza de un régimen administrativo especial, pero **sin que ello implique de una manera definitiva, que no se le puedan aplicar normas legales que al regular aspectos específicos hayan determinado expresamente su aplicación...".**

En relación con este mismo aspecto la sentencia mencionada añadió: **"Encuentra la Sala que los dos pilares sobre los cuales basó la actuación administrativa la**

adición del concepto "ingresos varios", no se ajusta a derecho, pues por mención expresa, lo dispuesto en el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986, sí es aplicable al Distrito Especial, el cual debió utilizar la autorización legal para establecer la base impositiva y no acudir a la cuestionada excepción de ilegalidad".

Por otra parte, insiste en que la Circular 002 del 11 de enero de 1988, expedida por la Superintendencia Bancaria, cuya fotocopia anexó a la demanda, expresó claramente "que los ingresos operacionales sobre los cuales se debe informar para determinar el impuesto de industria y comercio, son los señalados en el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986. Al respecto, transcribe algunos apartes de la sentencia ya mencionada en la que se resalta, entre otras funciones de esa entidad administrativa, la que cumple de vigilar la forma como los establecimientos de crédito deben declarar en cada municipio los ingresos gravables para efectos del impuesto de industria y comercio. De esta manera se expresó: "La información que sobre el monto de la base gravable para efectos de la cuantificación de impuestos de industria y comercio debe suministrar la Superintendencia Bancaria a los municipios, **no es tan ajena al tema como parece interpretarlo la Administración Distrital y el mismo Tribunal",** y más adelante continúa: "La información entonces que a través de la Circular No. 002 de enero de 1988 (folio 59 cuaderno de pruebas), solicitó la Superintendencia Bancaria a las entidades financieras para efectos del impuesto de industria y comercio, **aunque su finalidad última es el control del impuesto, sí marcó una pauta definitiva cuando en las columnas del anexo adjunto folio 61, se hizo una transcripción de los rubros tratados en el artículo 207 del Decreto-Ley, con la exclusión del concepto ingresos varios".**

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La demandada:

Sostiene la apoderada judicial de la demandada en su alegato de conclusión, que si la sociedad actora estaba obligada a tributar en Santafé de Bogotá, debía estar sujeta a las regulaciones especiales de los artículos 41 a 48 de la Ley 14 de 1983 y 97 y siguientes del Acuerdo 21 de ese mismo año, que disponen que para los bancos los ingresos varios hacen parte de los ingresos operacionales, para efectos de cuantificar el impuesto de industria y comercio, y por tanto, no le era aplicable "el decreto 1333 de 1986, que establece dicho beneficio tributario, pero para el régimen municipal ordinario".

Admite que a pesar de ser cierto, que en el artículo 207 del C. de R. M., se excluyen el rubro de ingresos varios, no lo es menos que el artículo 10 de Código Civil dispone la excepción de inconstitucionalidad, y más adelante el principio según el cual la norma especial se preferirá a la que tenga carácter general, para concluir, que para el Distrito Especial de Bogotá, existía un régimen especial en materia de impuestos, no pudiendo por tanto "el Gobierno Nacional por medio de un Decreto derogar impuestos asignados a dicha Entidad Territorial...".

Para sustentar lo anterior, transcribe algunos apartes del concepto 760 de 12 de junio de 1989, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, sobre la inaplicabilidad del Decreto 1333 de 1986, dentro del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, así como del concepto emitido por esa misma Corporación en relación con el ámbito de aplicación de la Ley 11 de 1986, con ocasión de la consulta formulada por el Gobierno Nacional el día 24 de abril de 1986.

Por último, estima que la sanción impuesta por inexactitud prevista por el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983, debe permanecer incólume, toda vez "que la sociedad actora no comprobó fehacientemente los descuentos practicados a la base gravable, por concepto de ingresos varios", creando con ello una situación favorable, al liquidarse un menor impuesto al que realmente debía pagar.

En conclusión, para la demandada no hay duda en que en la declaración privada se incluyeron datos incompletos o incorrectos.

La parte demandante y el Ministerio Público, no presentaron alegatos de conclusión en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La litis entre el administrado y la Administración se originó en el hecho de que esta última adicionó a los ingresos brutos declarados por el Banco de Colombia S.A., con el rubro correspondiente a "ingresos varios" que éste había excluido de la base gravable por considerar que el artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Político y Municipal) aplicable al Distrito Especial de Bogotá, había dejado insubsistente la posibilidad de cobrar el impuesto de industria y comercio a los bancos sobre el rubro "ingresos varios" al excluirlos de la base gravable. Mientras que para la entidad demandada el Distrito Capital Santafé de Bogotá (antes Distrito Especial de Bogotá), el Decreto 1333 de 1986, contentivo del régimen municipal ordinario, no le es aplicable, sino las normas especiales, esto es, los artículos 41 a 48 de la Ley 14 de 1983 y 97 y siguientes del Acuerdo 21, que por el contrario incluyen el concepto de "ingresos varios" dentro de la base imponible. Por tanto, ha considerado que la clasificación que se hace en el artículo 207 de este decreto, no modificó la regulación especial que sobre esta materia consagran la Ley 14 de 1983 y el Acuerdo 21 de 1983.

El punto a dilucidar en este proceso, sobre la aplicación del Decreto 1333 de 1986, al Distrito Especial de Bogotá, especialmente en lo que al artículo 207 se refiere, al excluir de la base imponible de los bancos el rubro "ingresos varios", la Sala observa que sobre este tópico, en un caso similar tuvo oportunidad de pronunciarse. (Expediente No. 4578, Actor Banco Internacional de Colombia, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano), el cual por corresponder al mismo año gravable (1987, vigencia 1988) y referirse exactamente al mismo punto, reitera los argumentos expuestos en la sentencia del 21 de mayo de 1993, proferida dentro del citado proceso.

"Para la Sala es evidente que el Distrito Especial goza de un régimen administrativo especial que le permite tener una regulación propia, pero sin que ello implique de una manera definitiva, que no se le pueden aplicar normas legales que al regular aspectos específicos hayan determinado expresamente su aplicación al Distrito Especial de Bogotá".

"Precisamente por no existir esta restricción o exclusividad, el Decreto-Ley 1333 de 1986, hizo referencia en varias definiciones legales, de una manera directa y expresa al Distrito Especial de Bogotá, como ocurre, a manera de ejemplo, en sus artículos 172, 187, 207, 211, 212 y 229 del mencionado estatuto. No puede afirmarse así, de manera categórica, que éste Codigo que se ha denominado municipal, se refiere única y exclusivamente al municipio ordinario, menos aún cuando especialmente en el capítulo correspondiente a los bienes y rentas de estas entidades territoriales, cita a renglón seguido de los municipios, al Distrito Especial de Bogotá".

"Concretamente en el caso del artículo 207, cuya aplicabilidad aquí se discute, señaló:

> "Art. 207.– La base impositiva para la cuantificación del impuesto regulado en el artículo anterior se establecerá por los Concejos Municipales o por el **Concejo del Distrito Especial de Bogotá,** de la siguiente manera..." (Destacado fuera del texto).

"Comprendió entonces así al Distrito Especial dentro de su definición, sin que pueda considerarse el mecanismo de excepción de ilegalidad, como el camino apropiado para que el Distrito no aplique su contenido. Encuentra así la Sala que los dos pilares sobre los cuales basó la actuación administrativa la adición del concepto "ingresos varios", no se ajusta a derecho, pues por mención expresa, lo dispuesto en el artículo 207 de Decreto-Ley 1333 de 1986, si es aplicable al Distrito Especial, el cual debió utilizar la autorización legal para establecer la base impositiva y no acudir a la cuestionada excepción de ilegalidad".

"Más endeble aún es el argumento que empleó el fallador de primera instancia para confirmar la actuación administrativa, cuando considera que la no inclusión del concepto "ingresos varios" en el artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986, obedeció a "... la omisión en que incurrió la publicación oficial al eliminar, con evidente error de imprenta, el literal E de artículo 207...". La anterior afirmación carece de asidero legal, resultante de la exclusiva interpretación del *a-quo,* pues el literal E de la Ley 14 de 1983, que correspondía a ingresos varios, fue sustituido en el Decreto-Ley por el rubro "ingresos en operaciones con tarjeta de crédito".

"La información que sobre el monto de la base gravable para efectos de la cuantificación de impuestos de industria y comercio debe suministrar la Superintendencia Bancaria a los Municipios, no es tan ajena al tema como parece

interpretarlo la Administración Distrital y el mismo Tribunal. Conforme el artículo 47 de la Ley 14 de 1983, la Superintendencia Bancaria deberá informar a cada municipio "... y al Distrito Especial de Bogotá..." el monto de la base descrita en el artículo 42 de la misma ley, o sea la base gravable para efectos del recaudo del impuesto municipal. A su vez el Decreto-Ley 1333 de 1986, hizo referencia la obligación de las diversas entidades financieras, de informar a la Superintendencia Bancaria, los ingresos operacionales generados por los servicios prestados "... en el Distrito Especial de Bogotá o en el municipio". Igualmente el artículo 212, define la obligación de la Superintendencia de informar "... a cada municipio y al Distrito Especial de Bogotá" el monto de dicha base. La información entonces que a través de la Circular No. 002 de enero de 1988 (folio 59 cuaderno de pruebas), solicitó la Superintendencia Bancaria a las entidades financieras para efectos del impuesto de industria y comercio, aunque su finalidad última es el control del impuesto, sí marcó una pauta definitiva cuando en las columnas del anexo adjunto (folio 61), se hizo una transcripción de los rubros tratados en el artículo 207 del Decreto-Ley, con la exclusión del concepto ingresos varios".

"Concluye así la Sala, que no podía la Tesorería Distrital incluir dentro de los rubros que conforman la base gravable del Banco Internacional, lo correspondiente a ingresos varios, por no ser un factor incluido dentro de la definición del artículo 207 del Decreto-Ley 1333 de 1986".

Como en el *sub-lite,* la Dirección de Impuestos Distritales adicionó a la base imponible declarada el rubro de "ingresos varios" e igualmente impuso por esta causa sanción por inexactitud, este proceder atendiendo al criterio que al respecto ha expuesto la Sala en la sentencia anteriormente transcrita, resulta violatorio de las normas señaladas en el libelo demandatorio, motivo por el cual se impone acceder a las pretensiones del demandante concretadas en la solicitud de nulidad de los actos administrativos acusados y en la confirmación de la liquidación privada como restablecimiento del derecho conculcado.

Por tanto, la Sala se aparta de la sentencia del *a-quo,* la cual según lo visto no se ajusta a las normas legales que rigen la materia.

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida el día 12 de febrero de 1993, objeto de esta apelación.

2. Anúlase los siguientes actos administrativos: La resolución No. 204 del 17 de abril de 1990, y la resolución No. 616 del 25 de octubre de 1990, y la resolución No. 005 del 28 de febrero de 1991, por medio de las cuales la Dirección de Impuestos y la Junta Distrital del Distrito Capital Santafé de Bogotá, determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos, correspondiente al año gravable de 1987, a la sociedad BANCO DE COLOMBIA S.A.

3. Confírmase la liquidación privada del impuesto de industria, comercio y avisos plasmada por la sociedad BANCO DE COLOMBIA S.A., en la declaración tributaria presentada ante la Secretaría de Hacienda Distrital, el día 1o. de junio de 1988.

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.

JURISDICCION CONTENCIOSA–Objeto/ACTO ADMINISTRATIVO/ PRESUNCION DE LEGALIDAD/EXCEPCION DEL ILEGALIDAD

El art. 12 de la Ley 153 de 1887 debe entenderse derogado tácitamente en atención a que dicha norma tuvo vigencia en una época en que no existía control efectivo de la legalidad de los actos administrativos. Habida cuenta que la jurisdicción contenciosa se creó para ejercer el control de legalidad de la Administración y que la acción no prescribe, el legislador colombiano garantizó así que en cualquier momento el particular puede solicitar una decisión judicial sobre la legalidad de un acto administrativo inclusive con la posibilidad de obtener la suspensión provisional de sus efectos, cuando es manifiesta su ilegalidad. Luego resulta obligado concluir que, en tanto los actos administrativos no se encuentren anulados o suspendidos, dichos actos deben ser aplicados, vale decir, obedecidos tanto por los particulares, como por la Administración.

DERECHO DE DEFENSA/PRINCIPIO DE CONTRADICCION/PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

La presunta irregularidad consistente en haberle informado que procedía recurso de reposición ante un funcionario y lo resolvió otro, no tuvo la virtualidad de vulnerar el derecho de defensa del administrado, por cuanto se le concedió la oportunidad de controvertir la Resolución cuestionada. Por el hecho de que en la primera resolución sancionatoria se anotó que procedía el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización y que dicho recurso una vez interpuesto fue desatado por el Director de seguros, no puede concluirse que esta última sea nula, por cuanto resulta claro que en ningún momento hubo desconocimiento del derecho de defensa y del principio

de contradicción, en consideración a que la actora se le concedió el recurso procedente, que resolvió en forma motivada dentro del término legal por el funcionario competente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5218. Actor: Mundoseguros Ltda. Corredores de Seguros. Superbancaria - Sanción Pecuniaria. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 12 de agosto de 1993, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 1707 del 20 de mayo de 1991 y 3063 de agosto 22 del mismo año.

ANTECEDENTES

La Superintendencia Bancaria, mediante la Resolución 2732 de 1990 estableció como obligación de las sociedades corredoras de seguros, comprobar ante dicha entidad, antes del 31 de diciembre de 1990, un capital social y reserva legal no inferiores, en su sumatoria, al monto que resulte mayor entre $20.000.000 o el 8% de las comisiones causadas durante el ejercicio anual inmediatamente anterior.

Frente al incumplimiento de tal obligación por parte de la actora, la Superbancaria solicitó las explicaciones pertinentes a su vigilada y por no encontrarlas suficientes, procedió a sancionarla.

DEMANDA

El primer cargo de la demanda lo constituyó la solicitud de nulidad de la Resolución 2732 de julio 24 de 1990, en la cual se apoyan las Resoluciones acusadas. Básicamente esgrimió que, tal Resolución debe ser declarada nula por cuanto el ejecutivo, al dictarla, no tenía facultades para exigir la constitución de pólizas de seguros, en tanto que se hallaba limitado a la fijación de capital mínimo y organización técnica y contable, de quienes se encuentren interesados en obtener permiso para operar un corredor de seguros.

Agregó sobre el particular que, como la mencionada Resolución, se encuentra viciada de nulidad, invoca el principio de excepción de ilegalidad.

En segundo término objetó la actuación administrativa, con el fundamento que en ella hubo indebida acumulación habida cuenta que en el caso en cuestión, se trata de

una parte del presunto incumplimiento de una disposición sobre el capital mínimo y de otra, de la omisión en la contratación de unas pólizas de seguro, lo cual, en su sentir, podría dar lugar a argumentación diferente en cada caso en particular.

En tercer lugar refutó el procedimiento seguido en la solicitud de explicaciones por parte del Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización, por considerar que el funcionario competente para efectuar tal solicitud, era el Director General de Seguros y Capitalización, habida cuenta que era éste a quien le correspondía imponer la sanción correspondiente en el evento de no encontrar satisfactorias dichas explicaciones.

Por último, estimó no surtida la notificación de la Resolución 1707, por cuanto se le informó a la actora que procedía el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización, el cual fue decidido por el Director General de Seguros y Capitalización.

Agregó que en el mismo acto administrativo, se omitió informar al particular que procedía el recurso de apelación, en atención a que el mencionado acto fue dictado por el Director General de Seguros y Capitalización, cuyo superior jerárquico es el Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado de la demandada se opuso a las pretensiones de la demandante, con los siguientes planteamientos:

En primer lugar señaló que, de acuerdo con los principios que orientan el Estado de Derecho, se presume la legalidad de los actos administrativos, que a su vez implican obligatoriedad de su observancia, hasta tanto el Tribunal competente declare su nulidad.

Igualmente explicó que, no existió extralimitación de funciones al expedir la Resolución 2732 de 1990, por cuanto las sociedades dedicadas al corretaje de seguros, deberán estar sometidas a la Superintendencia Bancaria y tener una organización técnica contable, requisito expreso en el artículo 5o. numeral 2o. del Decreto 361 de 1972, que establece entre otros requisitos, "Los demás necesarios para el correcto funcionamiento del negocio".

Frente al segundo argumento de la demandante, adujo que a pesar de ser conductas distintas por las cuales se impusieron las sanciones, existe entre ellas relación, en razón a que están contenidas en un mismo instructivo que se dirige a entidades de una misma naturaleza y orden y que tuvieron ocurrencia en la misma época.

En tercer lugar sostuvo que si bien es cierto, existen normas que determinan la competencia para efectos de imponer las sanciones, éstas no son aplicables en los eventos de solicitud de explicaciones, por cuanto lo que se pretende en este último

evento, es garantizar el derecho de defensa, permitiéndole a la vigilada rendir los descargos del caso. Sin embargo, consideró pertinente aclarar que, para la fecha de la comisión de la infracción y en la que se solicitaron las explicaciones, la norma vigente era el Decreto 1939 de 1986, el cual facultaba al Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización para imponer las respectivas sanciones.

En relación con el último cargo, aclaró que si bien la Superbancaria se equivocó al determinar el funcionario ante quien procedía el recurso de reposición, dicho yerro no afectó en nada la validez del acto administrativo, por cuanto el demandante pudo ejercitar válidamente el recurso, con lo cual se demuestra que no existió violación del derecho de defensa.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Para el Tribunal, no fueron de recibo los argumentos esgrimidos en la demanda, por las siguientes razones:

1. Negó la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, por cuanto en su opinión, no existe fundamento que indique de manera abierta y ostensible el desconocimiento de alguna norma de rango constitucional, por parte de la Resolución 2732. Subrayó la Corporación que le correspondía a la demandante entrar a demostrar en qué medida la citada Resolución 2732 desconoció el Decreto 361 de 1970 y 410 de 1971.

2. Estimó el Tribunal que no hubo indebida acumulación sino ajuste a los principios de economía, celeridad y eficacia que gobiernan la actuación administrativa y adicionalmente, las sanciones correspondían a dos infracciones dispuestas en la misma norma.

3. Tampoco encontró inconsistencia en el procedimiento para la imposición de la sanción, pues en nada incidió que el oficio de solicitud de explicaciones fuera firmado por funcionario diferente al que finalmente expidió los actos acusados, por cuanto la actuación siguió el procedimiento señalado en la ley. Agregó que para el momento en que se solicitaron las explicaciones previas, la competencia para tal efecto era del Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización y al momento de expedición de los actos acusados, había entrado en vigencia el Decreto 1033 de 1991, el cual radicó la competencia para conocer de la actuación, en cabeza del Director General de Seguros y Capitalización.

4. Tampoco prosperó el cargo referente a la carencia de efectos legales de la decisión sancionatoria, por cuanto a pesar que en el acto administrativo se expresó que el recurso de reposición debía interponerse ante el Superintendente Delegado, ésto no sirve de excusa para el desconocimiento de las normas legales que indican que dicho recurso procede contra el funcionario que expidió el acto.

Sobre la procedencia del recurso de apelación, indicó que si en el acto administrativo no se hizo alusión a él, la vía gubernativa quedó bien agotada con la decisión del recurso de reposición, sin mengua del derecho de defensa.

APELACION

El apoderado de la sociedad actora en el recurso, reiteró los planteamientos propuestos en la demanda.

MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la doctora Margarita Olaya, no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a analizar los planteamientos del recurrente, en el orden que fueron propuestos.

1. Nulidad de la norma contentiva de la obligación exigida en el reglamento por extralimitación de competencia de la Superintendencia Bancaria.

Sea lo primero aclarar que, en el caso *sub-júdice* no es pertinente entrar a dilucidar de fondo sobre la nulidad de la Resolución 2732 de julio 24 de 1990, en primer término porque dicha nulidad no se planteó como una de las pretensiones de la demanda y en segundo término, porque de haber sido así, la actora hubiera incurrido en indebida acumulación de pretensiones, en consideración a que la competencia para conocer de dicha acción, radica exclusivamente en cabeza del Consejo de Estado, en única instancia, en tanto que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho compete al Tribunal en primera y al Consejo en segunda instancia. En consecuencia, no habiendo sido materia de la primera instancia, no puede serlo de la segunda.

Además, frente a la excepción de ilegalidad la Sala ha considerado que el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 debe entenderse derogado tácitamente en atención a que dicha norma tuvo vigencia en una época en que no existía control efectivo de la legalidad de los actos administrativos.

Habida cuenta que la jurisdicción contenciosa se creó para ejercer el control de legalidad de la Administración y que la acción de nulidad no prescribe, el legislador colombiano garantizó así que en cualquier momento el particular puede solicitar una definición judicial sobre la legalidad de un acto administrativo inclusive con la posibilidad de obtener la suspensión provisional de sus efectos, cuando es manifiesta su ilegalidad, de donde resulta improcedente darle apli-

cación a la excepción de ilegalidad, máxime cuando el artículo 66 del C.C.A. establece en forma imperativa que los actos administrativos serán obligatorios en tanto que no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, resulta obligado concluir que, en tanto que los actos administrativos no se encuentran anulados o suspendidos, dichos actos deben ser aplicados, vale decir, obedecidos tanto por los particulares, como por la Administración, en desarrollo de la presunción de legalidad que los cobija y por ello no puede criticarse la actuación de los funcionarios de la Superintendencia Bancaria cuando le dieron aplicación a la Resolución 2732 de junio 24 de 1990.

No prospera el cargo.

2. Violación del artículo 2o. del C.C.A. por falta de aplicación. Indebida acumulación.

En primer lugar, aclara la Sala que el Auto de fecha marzo 22 de 1991, citado por el recurrente como fundamento del cargo, no resulta aplicable al presente caso, en cuanto que dicho Auto hacía referencia a puntos de derecho ajenos a éste.

Adicionalmente se observa que a juicio de la Sala sí existe una estrecha relación entre las sanciones impuestas por la Superintendencia Bancaria, y estaban sujetas al mismo procedimiento de tal suerte que resultaba procedente imponerlas en una misma resolución, en atención a que como correctamente lo estimó el *a-quo,* dicha acumulación obedeció a los principios de economía procesal, celeridad y eficacia, que son rectores de las actuaciones administrativas.

3. Inconsistencia en el procedimiento para imponer la sanción.

En primer lugar, destaca la Sala que el procedimiento seguido por la Superintendencia Bancaria, no vulneró el derecho de defensa de la actora, por cuanto ésta desde el principio de la actuación tuvo conocimiento de la misma y se le dio la oportunidad de rendir descargos, máxime cuando se le solicitaron las explicaciones previas, a las cuales dio respuesta.

En segundo lugar, se observa que el discutido procedimiento estuvo ajustado a derecho, por cuanto al momento de solicitar las explicaciones previas a la actora, la competencia estaba radicada en cabeza del Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1939 de 1986 y al momento de la expedición de las resoluciones impugnadas, ésta radicaba en cabeza del Director General de Seguros y Capitalización, en virtud de lo previsto en el Decreto 1033 de 1991, que ya había entrado en vigencia. Por lo tanto queda claro que se solicitaron las explicaciones por parte del funcionario competente

en ese momento, sin desconocimiento del derecho de defensa, del debido proceso y del principio de contradicción, por lo que no se encuentra fundamento para anular la actuación.

4. Carencia de producción de efectos legales de la decisión sancionatoria.

Sobre este punto destaca la Sala que, la presunta irregularidad consistente en haberle informado que procedía recurso de reposición ante un funcionario y lo resolvió otro, no tuvo la virtualidad de vulnerar el derecho de defensa del administrado, por cuanto se le concedió la oportunidad de controvertir la Resolución 1707, mediante el citado recurso de reposición, el cual una vez resuelto agotó vía gubernativa.

Se ha dicho que la vía gubernativa está instaurada para que en primer término la Administración revise sus propios actos, y en segundo término para que los administrados tengan la posibilidad de buscar el restablecimiento de sus derechos que consideran vulnerados, ante la misma Administración, todo ello bajo los principios generales rectores de la actividad de ésta, como son entre otros, el derecho de defensa, el debido proceso y el principio de contradicción.

Teniendo en cuenta lo anterior, por el hecho de que en la primera resolución sancionatoria expedida por el Director de Seguros y Capitalización se anotó que procedía el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización y que dicho recurso una vez interpuesto fue desatado por el Director de Seguros y Capitalización mediante la Resolución 3063 de 1991, no puede concluirse que esta última sea nula, por cuanto resulta claro que en ningún momento hubo desconocimiento de derecho de defensa y del principio de contradicción, en consideración a que a la actora se le concedió el recurso procedente, que resolvió en forma motivada dentro del término legal por el funcionario competente. No puede extremarse la aplicación del principio del debido proceso, al punto que por haberse concedido el recurso de reposición ante un funcionario diferente al que expidió el acto administrativo, máxime cuando es de la esencia del mencionado recurso, que se interponga ante el mismo funcionario que expidió el acto y que al habarse dirigido el recurso a quien no le competía conocer de él, este mismo funcionario lo remitió al competente, como correspondía, según lo ordenado por el artículo 33 del Decreto 01 de 1984 en concordancia con el 55 *ibídem.*

En relación con el último punto de la apelación, referente a que la Resolución 1707 es nula en consideración a que la actora entiende que la misma no le ha sido notificada, observa la Sala que dicho argumento resulta contradictorio con el hecho de que dentro de la oportunidad legal, la entidad interpuso el recurso de reposición, procedente en el presente caso de conformidad con lo establecido en el artículo 15 literal i) del Decreto 1033 de 1991, hasta el punto que con la

Resolución 3063 que desató el mencionado recurso, quedó agotada la vía gubernativa.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

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 12 de agosto de 1993 en el juicio No. 2063.

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.

FORMULARIO DE DECLARACION–Instrucciones/**ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO**–Representación

Surge de los arts. 578 y 596 del Estatuto Tributario y del Decreto 2511 de 1993 el carácter obligatorio de los formularios y de las instrucciones contenidas en ellos, como una manifestación imperativa de la administración que produce efectos jurídicos de indiscutible importancia para los contribuyentes. De estas consideraciones surge la admisibilidad de la demanda contra actuaciones administrativas de carácter general que generan consecuencias jurídicas para los particulares y que por ende caen dentro de la órbita del control de legalidad de esta jurisdicción, pero interpretada la demanda en el sentido de que no corresponde en este caso la representación de la Nación al Ministro de Hacienda y Crédito Público sino al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, en consideración al inciso final del art. 149 según el cual "en los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrá el director general de impuestos nacionales en los de su competencia: o el funcionario que expidió el acto.

CONTRIBUCION ESPECIAL/IMPUESTO NETO DE RENTA

El art. 11 de la Ley 6a. de 1992, incorporado en el art. 248-1 del Estatuto Tributario creó una contribución especial para los años 1993 a 1997 a cargo de los declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios y al consagrar la base gravable la norma dispuso: "...Esta contribución será equivalente al veinticinco por ciento (25%) del impuesto neto sobre la renta determinado por cada uno de dichos años gravables...". La supresión del calificativo neto,con la consecuencia práctica de que la base de la contribución no es el impuesto neto de renta sino el bruto antes de los descuentos, constituye una manifiesta infracción a

la norma legal qué la señala, que justifica la medida previsora de la suspensión, de conformidad con el art. 152 del C.C.A.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5457. Actor: Rafael Arenas Angel. Actos Nacionales. Auto.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano RAFAEL ARENAS ANGEL demanda la declaratoria de nulidad parcial de los formularios para las declaraciones de renta correspondientes al año gravable de 1993, actos gue identifica así:

– La instrucción relativa al **renglón 40** de los formularios para Grandes Contribuyentes, Sociedades y Entidades sin ánimo de lucro (DIAN 77.001.93) en cuanto dice 39 x 25%.

– Y la instrucción relativa al **renglón 35** del formulario para personas naturales y sucesiones ilíquidas (DIAN 77.002.93) en cuanto dice 34 x 25%.

Estos formularios fueron acogidos por las Resoluciones 844 y 853, respectivamente, del 3 de marzo de 1994 en la Dirección de Impuestos Nacionales y adoptados por los artículos 11, 12 y 14 el primero y 14 el segundo del Decreto 2511 de diciembre 14 de 1993, dictado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El actor acompañó ejemplares auténticos de los formularios y comprobó la publicación de las normas mencionadas mediante el Boletín No. 13 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y copias autenticadas de las Resoluciones 844 y 853 de 1994 (también acompañó varios números de Anales del Congreso para acreditar la historia de la Ley 6a. de 1992) y por lo demás, la demanda cumple con los requisitos formales para que sea admitida.

Partiendo de la base de que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 578 así como en el 596 del Estatuto Tributario los formularios que prescriba la Dirección de Impuestos Nacionales tienen el carácter de obligatorios, es indiscutible la generación de efectos jurídicos de tales formularios en el cumplimiento del deber de declarar a cuyos pormenores e instrucciones debe ceñirse el contribuyente.

Mediante las instrucciones impugnadas el valor de la Contribución Especial para el año de 1993 se debe determinar aplicando el 25% al impuesto sobre la renta gravable, o sea, sobre la cifra contenida en el renglón 39 de los formularios de Sociedades y Grandes Contribuyentes y del 34 del formulario de personas naturales.

El actor pretende la anulación de las citadas instrucciones y la **suspensión provisional** fundado en la que considera evidente contradicción con el artículo 11 de la Ley 6a. de 1992, incorporado en el artículo 248-1 del Estatuto Tributario, según el cual la base para liquidar la contribución especial es **"...el impuesto neto de renta..."**.

Las instrucciones al desconocer el calificativo de **neto,** contradicen abiertamente la ley, puesto que tal calificativo alude a la depuración que en esta materia se traduce en la resta de los **descuentos** establecidos por la ley.

CONSIDERACIONES

1. NATURALEZA DE LOS ACTOS ACUSADOS

Para determinar la admisibilidad de la demanda es necesario hacer precisión previa sobre las características de los actos acusados.

El artículo 578 del Estatuto Tributario dispone que "la declaratoria tributaria **se presentará en los formatos que prescriba** la Dirección de Impuestos Nacionales e igual ordenamiento se repite en el **artículo 596** al referirse a la declaración del impuesto de renta y complementarios.

El Decreto Reglamentario 2511 de diciembre 14 de 1993 por el cual se fijan lugares y plazos para la presentación de las declaraciones tributarias y para el pago de los impuestos dispuso en su artículo 4 que "las declaraciones de renta, ingresos y patrimonio... **deberán presentarse en los formularios que para tal efecto señale la UAE-DIAN. Estas declaraciones deberán contener las informaciones a que se refieren los artículos...** del Estatuto Tributario..." y el artículo 25 dice que "la presentación de las declaraciones tributarias en los bancos y demás entidades autorizadas **se efectuará diligenciando los formularios** establecidos por la UAE-DIAN..." (Destaca la Sala).

Surge de las anteriores disposiciones legales el carácter obligatorio de los formularios y de las instrucciones contenidas en ellos, como una manifestación imperativa de la administración que produce efectos jurídicos de indiscutible importancia para los contribuyentes.

De estas breves consideraciones surge la admisibilidad de la demanda contra actuaciones administrativas de carácter general que generan consecuencias jurídicas para los particulares y que por ende caen dentro de la órbita del control de legalidad de esta jurisdicción pero interpretada la demanda en el sentido de que no corresponde en este caso la representación de la Nación al Ministro de Hacienda y Crédito Público sino al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales en consideración al inciso final del artículo149 según el cual, "en los procesos sobre impuestos, tasas o

contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrá el director general de impuestos nacionales **en lo de su competencia;** o el funcionario que expidió el acto".

Como de conformidad con las disposiciones anteriormente reseñadas aunque compete, según la ley, al Ministro de Hacienda señalar los lugares y plazos para presentar declaraciones tributarias, los formatos o formulario así como las instrucciones para su diligenciamiento son del resorte del Director de Impuestos y las que son objeto de demanda fueron las prescritas por este funcionario mediante las Resoluciones 844 y 853 del 3 de marzo de 1994. Lo anterior sin perjuicio de que también se notifique al Ministro de Hacienda.

2. SOBRE LA SUSPENSION PROVISIONAL

El artículo 11 de la Ley 6a. de 1992, incorporado en el artículo 248-1 del Estatuto Tributario creó una contribución especial para los años 1993 a 1997 a cargo de los **declarantes** del impuesto sobre la renta y complementarios que se liquidará en la respectiva declaración de renta. Al consagrar la base gravable la norma dispuso:

> "... Esta contribución será equivalente al veinticinco por ciento (25%) del **impuesto neto sobre la renta** determinado por cada uno de dichos años gravables...".

El demandante hace radicar su inconformidad en el hecho de que al ser suprimido el calificativo de **neto** al impuesto que figura como base en los formularios, varió la base consagrada en la ley.

Para la Sala la supresión del calificativo mencionado, con la consecuencia práctica de que la base de la contribución no es el impuesto neto de renta sino el bruto antes de los descuentos, constituye una manifiesta infracción a la norma legal que la señala, que Justifica la medida previsora de la suspensión, de conformidad con el artículo 152 C.C.A. invocado en la demanda.

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

RESUELVE:

1o. **ADMITESE** la demanda de nulidad de las instrucciones administrativas contenidas en los renglones 40 y 35 respectivamente en los formularios para las declaraciones de renta y complementarios del año gravable de 1993 de Grandes Contribuyentes, Sociedades y entidades sin ánimo de lucro (DIAN 77.001.93) y para personas naturales y sucesiones ilíquidas (DIAN 77.002.93) acogidos por la Dirección do Impuestos y Aduanas Nacionales por las Resoluciones 844 y 853 de marzo 3 de

1994, demandada ésta que fue entablada con base en el artículo 84 del C.C.A. por el ciudadano RAFAEL ARENAS ANGEL a quien se le tendrá como parte demandante. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

b) Notifíquese personalmente al señor Director de Impuestos y Aduanas Nacionales y al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público o a sus delegados 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 señor Director de Impuestos y Aduanas Nacionales el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la adopción de los mencionados formularios, en especial en lo relacionado con la determinación de la base para liquidar la Contribución Especial del 25% del artículo 248-1 E.T.

Término cinco (5) días.

2o. **DECRETASE** la suspensión provisional de las instrucciones objeto de demanda, a saber:

"Renglón 39 x 25%" contenida en el Renglón No. 40 del formulario DIAN-77.001.93 (Grandes Contribuyentes, Sociedades y Entidades sin ánimo de lucro).

"Renglón 34 x 25%" contenida en el Renglón No. 35 del formulario DIAN-77.002.93 (Personas naturales y sucesiones ilíquidas).

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.

SALARIO INTEGRAL/FACTOR PRESTACIONAL/RENTA EXENTA

La potestad reglamentaria ordinaria del Presidente, que se ha elaborado por la doctrina y la jurisprudencia, no tiene cabida el hecho de que ella pueda ser utilizada para modificar, corregir errores, llenar vacíos, eliminar situaciones inequitativas, o en general, hacer que el Poder Ejecutivo, se equipare al ejercerla, al del legislador.El decreto reglamentario dispuso un método o procedimiento para calcular el factor prestacional, que es diferente al que puede deducirse del texto que se dice reglamentado y que en términos absolutos, implica para los trabajadores con salario integral una disminución, un recorte, de los derechos de exención que, concientemente, o por error,o por cualquier otra razón, les ha concedido el legislador. En efecto es muy diferente y distintas son sus consecuencias, determinar como lo dice la ley, el factor prestacional exento, agregándole a lo que el trabajador reciba como retribución directa al trabajo (como mínimo el equivalente a diez salarios mínimos mensuales) el factor prestacional de la empresa sin que ese factor pueda ser inferior al 30 por ciento del factor salarial que perciba el trabajador, que disponer como lo hace el reglamento, que el factor salarial se determina por la proporción que las prestaciones sociales, excluidas las pensiones patronales y los aportes a la seguridad social, tienen en el valor de los costos y gastos laborales, puesto que matemáticamente la proporción resulta diferente en uno y otro caso, siendo desde luego más favorable la prevista en la ley.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5120. Actor: Mike Baracaldo Ramírez. Decreto Gobierno Nacional - Fallo.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. el ciudadano MIKE BARACALDO RAMIREZ demanda la nulidad del parágrafo del artículo 26 del Decreto Reglamentario 836 del 26 de marzo de 1991.

La norma demandada forma parte del reglamento que dictó el Gobierno Nacional en el aspecto fiscal o tributario del salario integral establecido en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 –Reforma Laboral–, concretamente en lo que se relaciona con la determinación del **factor prestacional** que conforme a la ley no constituye ingreso gravable para el trabajador y por tanto, no está sometida a retención en la fuente.

EL ACTO ACUSADO Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El mismo demandante confronta el texto demandado con la norma legal correspondiente así:

Numeral 2o. Artículo 18 Ley 50 de 1990	**Parágrafo Artículo 26 Decreto 836 de 1991**
"No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario ordinario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie, y, en general las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones. En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, **más el factor prestacional correspondiente a la empresa** que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos". (subraya de la demanda).	El factor prestacional anual a que se refiere este artículo, corresponde a la proporción que representa el monto total causado por prestaciones sociales en el año inmediatamente anterior, **en el valor total de los costos y gastos laborales causados del mismo período; excluyendo de ambos valores lo correspondiente a las pensiones patronales y aportes para la seguridad social.** Cuando la empresa inicie actividades en el año o cuando la mayoría de sus trabajadores estén sometidos al régimen de salario integral, el factor prestacional será del 30%". (subraya de la demanda).

De la confrontación del texto de la norma acusada con el de la ley reglamentada, el actor concluye que el Gobierno incurrió en un recorte al beneficio legal de la exoneración de impuesto al factor prestacional. Lo deduce del hecho de que la ley dispone que "en ningún caso el salario integral puede ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, **más el factor prestacional correspondiente a la empresa** que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía", en tanto que el reglamento modifica la regla señalada por la ley, para hacer que el resultado del cálculo sea inferior, por cuanto exige que se determine la proporción que representan las prestaciones sociales en el total de los costos y gastos laborales.

Dice que la Ley 50 determinó como única limitación del factor prestacional el que éste no sea inferior al 30% y, adicionalmente, que corresponda al que tiene la compañía, los cuales no pueden restringirse sin incurrir en causal de nulidad.

Encuentra también desconocimiento de la ley cuando señala que en el caso de empresas que inicien actividades en el año o cuando la mayoría de los trabajadores estén sometidos al régimen de salario integral, el factor prestacional será del 30%.

Obliga así mismo que en el cálculo no se contabilice lo correspondiente a pensiones y a los aportes para seguridad social, lo que no se encuentra previsto en la ley, la cual no determina exclusión alguna de conceptos en la medida en la que correspondan al factor prestacional de la empresa.

OPOSICION A LA DEMANDA

EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO por intermedio de su apoderado, defiende la legalidad de la norma acusada porque considera que consulta los parámetros que surgen de la ley como son que, el factor prestacional es el que corresponde a la empresa, que éste no puede ser inferior al 30% de diez salarios mínimos y que está exento de impuesto.

La necesidad del reglamento en los temas contemplados se justifica por cuanto la ley no estableció los mecanismos adecuados para determinar el concepto del factor prestacional de una empresa.

ALEGATOS DE LAS PARTES Y DEL MINISTERIO PUBLICO

Tanto el actor como la parte demandada presentan sus alegatos de conclusión en los que fundamentalmente reiteran sus argumentos en pro y en contra de la legalidad de la norma acusada.

EL MINISTERIO PUBLICO, representado por la Dra. Margarita Olaya de Obando –Procuradora Sexta Delegada– en su alegato de conclusión, estima que no deben prosperar las súplicas de la demanda.

Observa la señora Procuradora Sexta, que el problema planteado para derivar el criterio sobre si se excedió el gobierno en la facultad reglamentaria o no, radica en la forma como se interprete el inciso 2o. del numeral 2o., del artículo 18 de la Ley, pues en dicho inciso es en donde se menciona que el factor prestacional no puede ser inferior al 30% **"de dicha cuantía"**, en los siguientes términos:

> "En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al 30% de dicha cuantía.

Tanto desde el punto de vista gramatical (sujeto de la oración) como del jurídico (materia tratada) no cabe duda que la norma regula el concepto de "salario integral" y lo señala como la suma de los salarios más el factor prestacional, "por consiguiente –añade la Procuradora Delegada– al mencionar el inciso en cuestión que el factor prestacional no puede ser inferior al 30% de dicha cuantía obviamente se refiere al salario integral que es la materia reglamentada por medio del decreto acusado".

Y añade la distinguida Procuradora, que:

> "... Y al exigir la Ley dicho factor prestacional no puede ser inferior al 30% del salario integral, significa que necesariamente ese factor prestacional está muy por encima del 30% si se toma el salario base como punto de referencia para determinar el porcentaje.
>
> Esto indudablemente es una garantía en defensa del trabajador pues se ha colocado como mínimo para determinar el factor prestacional el 30% del salario integral y así evitar que por medio de la maniobra aritmética planteada pueda establecerse un factor prestacional inferior al que realmente le corresponda al trabajador en el momento de acogerse al sistema.
>
> En otras palabras el factor prestacional no lo determina el porcentaje a que se refiere el inciso mencionado, sino el monto de prestaciones a que tiene derecho el trabajador al momento de acogerse al sistema de salario integral, monto que sumado al salario base vigente en ese momento no puede ser inferior al 30% del total o sea que necesariamente tiene que ser superior al 30% del salario base, como ya se dijo". (folios 62 y ss.)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de analizar el motivo de anulación planteado, resulta procedente recordar que sobre el mismo artículo 26 del Decreto 836 de 1991, la Corporación ha hecho pronunciamientos en dos acciones públicas de nulidad a saber:

1. Expediente 4775, fallo de septiembre 3 de 1993, Sección Cuarta (Magistrada Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos).

Mediante este fallo se declaró la nulidad del primer inciso del citado artículo 26, en síntesis, porque mientras la ley reconoce el carácter de exento al total del factor prestacional, el Decreto Reglamentario lo fijó en el 30% del salario integral, límite que se consideró fuera de los parámetros de la ley.

En ese fallo fue necesario referirse al 2o. inciso del mismo artículo aunque no estaba demandado, pero que por tener vinculación con el que ahora se atiende, procede recordar lo que allí se expuso:

> "Por otra parte, el hecho de que el inciso segundo del artículo demandado se refiera a un factor prestacional superior al 30%, no significa que el inciso primero no desconozca la normatividad superior, ya que éste fija una norma de carácter general, la relativa a que el 30% del salario integral no constituye ingreso gravable para el trabajador, mientras que el invocado inciso 2o. del mismo artículo se refiere a una situación de carácter especial, la relativa a quienes no estén sometidos al régimen del salario integral, todo lo cual indica que este 2o. inciso, en nada modifica la ilegalidad del inciso 1o. demandado".

2. Expediente 1826, fallo de noviembre 1o. de 1992, SecciónPrimera (Magistrado Ponente: Dr. Miguel González R.).

En este proceso la acción se encaminó contra el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 1174 de mayo 6 de 1991 el cual, había consignado la relación de las "prestaciones sociales" que se consideraban como tales para determinar el factor prestacional señalado en la ley como exento de impuesto. La enumeración de prestaciones que anuló fue la siguiente: el auxilio de cesantía y sus intereses, la prima legal de servicios, el suministro legal de calzado y vestido de labor y el auxilio legal de transporte.

En ambos casos, el Consejo de Estado estimó que el Gobierno, pretendiendo llenar algunos vacíos de la ley, había excedido su potestad reglamentaria y ello fue la razón determinante de las anulaciones decretadas.

Hecha la aclaración anterior, corresponde analizar el planteamiento de la demanda, que versa, como ya se dijo, sobre el parágrafo del artículo 26, cuyo texto se transcribió al comienzo de esta providencia.

El actor, tanto en la demanda, como en la solicitud de suspensión provisional y en el alegato de conclusión, ha sostenido que el decreto reglamentario excede y modifica lo previsto en la ley que pretende reglamentar y por ello, debe dársele prosperidad a la demanda. Sostiene, apoyándose con ejemplos, que la norma reglamentaria introduce un método diferente para el cálculo del factor prestacional, al dispuesto por la ley, con lo cual, se pretende que el factor del salario integral exento de impuestos y de retención en la fuente, sea inferior que el determinado por la norma reglamentada. Por otra parte,

cuestiona la legalidad del aparte final del parágrafo acusado, en cuanto señala que en el caso de empresas que inicien actividades en el año o cuando la mayoría de sus trabajadores están sometidos al régimen de salario integral, el factor prestacional será, no como lo dice la ley: el de la empresa, sino el del 30%. Finalmente, califica de ilegal el hecho de que el reglamento ordene que se excluyan como integrantes de los factores prestacionales los pagos por concepto de pensiones patronales y aportes para la seguridad social.

Para la Sala es evidente que la razón está de parte del demandante y por ello su decisión habrá de guardar relación con este entendimiento, el cual se fundamenta en los siguientes motivos y consideraciones:

PRIMERA: Es claro para la Sala que el Gobierno trató, al expedir el decreto reglamentario acusado, que tiene por finalidad la regulación de las exoneraciones de impuestos previstas en la ley reglamentada, de llenar unos vacíos, de corregir unas posibles inequidades y de colocar unos topes máximos a las exenciones de impuestos, con el fin de evitar que el monto de las mismas quedara en manos de quienes por medio del contrato laboral, establecían un salario integral.

Estas deducciones no son gratuitas, sino que corresponden tanto a la finalidad que se advierte de la aplicación del parágrafo acusado, en frente de lo determinado por la ley al mismo caso hipotético, como a lo que afirma quien defiende la legalidad del decreto demandado cuando dice que:

> "Como quiera que en la citada ley no se determinó el mecanismo para establecer dicho factor prestacional, y que de no hacerlo se presentarían graves inequidades en el pago de los tributos (retención) generados por concepto de los pagos salariales, el Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, estableció dicho mecanismo que, como se evidencia de la lectura de la norma demandada, busca que a trabajadores vinculados **a una misma empresa**, sean o nó remunerados con salario integral, se aplique igual o al menos similar, **factor prestacional** evitando de esta manera inequidades que podrían derivarse de no haberlo hecho" (folio 32).

Y agrega:

> "En otras palabras, la no reglamentación de la ley 50 en cuanto a este punto, implicaría la posibilidad de que trabajadores (con salario integral) y empleadores fijaran a su arbitrio el dicho factor, (exento) y en consecuencia el impuesto a pagar (retención)" (folio 33).

A lo anterior observa la Sala que dentro de la teoría que sobre el alcance de la potestad reglamentaria ordinaria del Presidente, que se ha elaborado por la doctrina y

la jurisprudencia, no tiene cabida el hecho de que ella pueda ser utilizada para modificar, corregir errores, llenar vacíos, eliminar situaciones inequitativas, o en general, hacer que el Poder Ejecutivo, se equipare al ejercerla, al del legislador.

A este respecto reitera la Sala lo que ya tiene dicho respecto de la conveniencia de una determinada reglamentación en frente de la legalidad de la norma que la contiene:

> "Como ya tuvo oportunidad de expresarlo, la Sala comparte las consideraciones de conveniencia y equidad hechas por la parte impugnadora, pero ellas no purgan el exceso de la potestad reglamentaria en que incurrió el ejecutivo, toda vez que las ha debido tener en cuenta el legislador al establecer las exenciones, pero que no pueden consagrarse a través de una norma de carácter reglamentario". (Expediente No. 4775. C.P. Doctora Consuelo Sarria Olcos).

SEGUNDA: Porque con el antedicho propósito, el decreto reglamentario dispuso un método o procedimiento para calcular el factor prestacional, que es diferente al que puede deducirse del texto que se dice reglamentado y que en términos absolutos, implica para los trabajadores con salario integral una disminución, un recorte, de los derechos de exención que, concientemente, o por error, o por inadvertencia, o por cualquier otra razón, les había concedido el legislador.

En efecto, es muy diferente y distintas son sus consecuencias, determinar como lo dice la ley, el factor prestacional exento, agregándole a lo que el trabajador reciba como retribución directa al trabajo (como mínimo el equivalente a diez salarios mínimos mensuales) el factor prestacional de la empresa sin que ese factor pueda ser inferior al 30% del factor salarial que perciba el trabajador, que disponer, como lo hace el reglamento, que el factor salarial se determina por la proporción que las prestaciones sociales, excluidas las pensiones patronales y los aportes para la seguridad social, tienen en el valor total de los costos y gastos laborales, puesto que matemáticamente la proporción resulta diferente en uno y otro caso, siendo desde luego más favorable la prevista en la ley.

TERCERA : Observa la Sala, además, que la parte final del parágrafo acusado señala dos eventos en los que "el factor prestacional será del 30%": cuando la empresa inicie actividades en el año y cuando el grupo de trabajadores con salario integral sea mayoritario.

Como esta regla del 30% así fijada como porcentaje único, fue la que en el proceso No. 4775 se encontró contraria a la ley y dio lugar a anular el primer inciso del artículo 26 por considerar que con dicho porcentaje se fijaba un límite máximo a la exención, cuando por el contrario, según los términos de la ley el factor prestacional "...no podrá ser inferior al treinta por ciento de dicha cuantía", ha de concluirse que el aparte final del parágrafo acusado debe ser también anulado, en concordancia con lo resuelto en el fallo del 3 de septiembre de 1993 referenciado.

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:

DECLARASE la nulidad del parágrafo del artículo 26 del Decreto Reglamentario 836 de 1991 que dice:

> "El factor prestacional anual a que se refiere este artículo, corresponde a la proporción que representa el monto total causado por prestaciones sociales en el año inmediatamente anterior, en el valor total de los costos y gastos laborales causados del mismo período; excluyendo de ambos valores lo correspondiente a las pensiones patronales y aportes para la seguridad social. Cuando la empresa inicie actividades en el año o cuando la mayoría de sus trabajadores estén sometidos al régimen de salario integral, el factor prestacional será del 30%".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE. CUMPLASE.

Se deJa constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate* (salvó el voto), *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SALARIO INTEGRAL/FACTOR PRESTACIONAL/POTESTAD REGLAMENTARIA/PRINCIPIO DE EQUIDAD/PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD/PRINCIPIO DE IGUALDAD–(Salvamento de Voto)

Sigo creyendo que la disposición del reglamento estaba ajustada a la ley y cabría dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente entre otras razones porque si el factor prestacional varía de empresa a empresa (en razón de niveles o sectores económicos, convenciones colectivas, políticas de salarios, etc.) y las autoridades, con base en el art. 18 de la Ley 50 de 1990 podrían verificar su existencia y su proporción para efectos laborales, resulta apenas razonable que pueda el Presidente establecer una pauta para lograrlo de manera general e impersonal y evitar así la incertidumbre de las múltiples interpretaciones que cada cual se siente con derecho a hacer. La falta de reglamento en esta materia podrá dar lugar a las más diversas interpretaciones de la ley, inclusive la de que se puede convenir entre empleador y trabajador un salario integral en el cual se fije un factor prestacional, desde luego superior al 30 libre de retención y de impuesto. Además el sistema tributario se funda en los principios de equidad y de progresividad (art. 363 C.P.) y sería contrario a ambos permitir que los empleados de mayor salario gocen proporcionalmente de una mayor exención tributaria a través del mecanismo del convenio de salario integral. Es deber de los particulares contribuir al financiamiento de los gastos del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad y no puede ser lo uno ni lo otro, que las exenciones tributarias favorezcan en mayor grado a un sector de trabajadores con relación a ingresos de la misma naturaleza, lo que además rompe el principio de la igualdad, fundamento de la justicia.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Salvamento de Voto del Doctor Jaime Abella Zárate.

Referencia: Expediente No. 5120. Actor: Mike Baracaldo Ramírez. Fallo del 14 de abril de 1994. Cons. Ponente: Dr. Guillermo Chahín.

Mi salvamento de voto tiene las siguientes explicaciones.

1a. En el proyecto que presenté y derrotó la Sala decretaba la anulación solamente de la parte final del parágrafo acusado en cuanto contemplaba que el factor prestacional **será del 30%** en los casos en que la empresa inicie actividades en el año o cuando la mayoría de los trabajadores estén sometidos al régimen de salario integral.

Las razones para sostener la nulidad de tal previsión del reglamento fueron las expuestas en el fallo que anuló el inciso primero del mismo artículo 26 del 3 de septiembre de 1993 (exp. 4775 MG. p. Consuelo Sarria) o sea, en síntesis porque el 30% no podía ser un porcentaje fijo, sino que según la ley, era un mínimo que dejaba abierta la posibilidad de ser superior.

Pero la diferencia con el criterio acogido por la Sala es que sostuve la legalidad de la primera parte del parágrafo que regulaba la determinación "del factor prestacional anual a que se refiere este artículo" mediante la determinación y luego aplicación de la proporción que dentro de los gastos laborales del año anterior hubieran tenido las prestaciones sociales pagadas al personal activo.

2a. Sigo creyendo que esa disposición del reglamento estaba ajustada a la ley y cabría dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente, por las razones que expondré a continuación:

a) El art. 18 de la Ley 50/90 en el segundo inciso, objeto de reglamentación, se refiere a un concepto de índole laboral pero que tiene una repercusión especial en materia tributaria porque la ley lo declara exento de impuesto: se trata del **factor prestacional correspondiente a la empresa**.

Es de orden laboral porque es el que sirve para convenir con un empleado o un grupo de trabajadores el salario integral a partir de los diez salarios mínimos y sin que sea inferior al 30%, pero de implicaciones tributarias porque dentro de los componentes de dicho salario integral hay factores gravables con impuesto de renta (salario ordinario, recargos, trabajo nocturno, remuneraciones extraordinarias, dominicales, festivos y primas extralegales) y factores exentos como las cesantías y sus intereses, para no citar sino las señaladas por el mismo art. 18.

b) La razón del legislador para disponer al final del artículo que el monto del factor prestacional queda exento de impuestos es porque corresponde a un pago anticipado de prestaciones sociales que gozan de exención tributaria. No es que haya creado una nueva renta exenta que se denomine factor prestacional "y aun, en tal supuesto, sería necesario precisarlo porque tal categoría de pago no existe por sí misma con caracteres

jurídicos propios y es tan variable y particular que la ley se refirió al "factor prestacional correspondiente a la empresa", reconociendo así su identidad en cada empresa.

Entonces, si el factor prestacional varía de empresa a empresa (en razón de niveles o sectores económicos, convenciones colectivas, políticas de salarios, etc.) y las autoridades, con base en el art. 18 podrían verificar su existencia y su proporción para efectos laborales, resulta apenas razonable que pueda el Presidente establecer una pauta para lograrlo de manera general e impersonal y evitar así la incertidumbre de las múltiples interpretaciones que cada cual se siente con derecho a hacer.

c) Estimo que esta previsión cabría perfectamente dentro de los alcances de la potestad reglamentaria, máxime cuando corresponde a una interpretación de la ley 50 del 90 y del sistema tributario en armonía con varias disposiciones constitucionales, como más adelante se precisará.

d) En cambio, la falta de reglamento en esta materia podrá dar lugar a las más diversas interpretaciones de la ley. Inclusive la de que se puede convenir entre empleador y trabajador un salario integral en el cual se fije un factor prestacional, desde luego superior al 30% libre de retención y de impuesto.

La posibilidad de que el factor prestacional pueda ser convenido libremente entre las partes, sin las consideraciones objetivas y reales que preveía el reglamento anulado, para determinar el "correspondiente a la empresa",constituye un elemento que justifica el ejercicio de la potestad presidencial de expedir órdenes necesarias para la cumplida ejecución de la ley.

El sistema del salario integral si bien fue autorizado para convenirlo con trabajadores de más de diez salarios mínimos de sueldo, no puede convertirse o permitir que el sistema tributario de las rentas laborales resulte también susceptible de convención entre las partes, con ventaja sobre los trabajadores no sometidos a dicho sistema o logrando una abusiva ampliación de la exención de impuestos sobre pagos que no son en estricto rigor prestaciones sociales.

e) Las exenciones tributarias no pueden quedar en manos del convenio particular porque es al legislador a quien corresponde fijar directamente las **bases gravables,** concepto que comprende las exentas, porque son excepciones a las primeras (art. 338 CP). Además, el sistema tributario se funda en los principios de **equidad** y de **progresividad** (art.363 CP) y sería contrario a ambos permitir que los empleados de mayor salario gocen proporcionalmente de una mayor exención tributaria a través del mecanismo del convenio de salario integral. Es deber de los particulares contribuir al financiamiento de los gastos del Estado dentro de los conceptos de **justicia y equidad** (art.95-9 CP) y no puede ser lo uno ni lo otro, que las exenciones tributarias favorezcan en mayor grado a un sector de trabajadores con relación a ingresos de la misma naturaleza, lo que además rompe el principio de la igualdad, fundamento de la justicia.

3a. La construcción jurisprudencial hecha principalmente por el Consejo de Estado sobre el respeto que debe guardar el Presidente en ejercicio de la potestad reglamentaria a la ley, sin pretender en ella equipararse al Legislador, parece ser compartida en forma unánime, incluida la Corte Suprema de Justicia como lo expresó en fallo relativo a la reglamentación parcial de la Ley 50 de 1990: "...pero, en todo caso, la subordinación del reglamento a la ley es total, en su contenido no puede existir nada que la ley, en su esencia, no haya previsto" (Mag. Ponente Dr. Pablo J. Cáceres, julio 25/91, Expediente No. 2279), oportunidad en la cual aclaró que "el instituto de la potestad reglamentaria se mantuvo incólume en el sistema de la Constitución de 1991" de donde se deduce que la jurisprudencia anterior a ésta no ha perdido su vigencia".

El mayor problema radica en encontrar el límite preciso de la ley, cuyo contenido por lo general es amplio o mejor, sin detalles, y la obligación del Presidente de expedir las órdenes y reglamentos para su ejecución práctica, momento en el cual se necesita instruir o compeler a los particulares a su cumplimiento, con indicación detallada.

En el área de la tributación se agrega la obligación del Presidente de "velar por la estricta recaudación" de las rentas públicas que en concordancia con el principio de legalidad de los impuestos, significa que el ejecutivo no puede rebajar ni excederse en la recaudación de los impuestos, que según la Carta debe ser "estricta". La combinación de estos factores los ha tratado la Corte Constitucional en fallo que me permito destacar por cuanto en materia tributaria se acusó a la ley de caer en imprecisión por no haber incluido la definición de un término (se trataba de "servicios" para efectos del IVA). Dijo la Corte en fallo del 17 de Junio de 1993, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa sentencia C-228:

> "La ley por naturaleza pescribe (sic) en forma genérica, y ello es precisamente definir, distinto a describir, por cuanto la definición, propiamente hablando, es una proposición de validez genérica, apta para ser referida a las circunstancias específicas, y no generales, por la función ejecutiva, que también representa la voluntad general, pero en una atribución no declarativa, sino de cumplimiento y realización del orden legal. Como se observa, la ley no agota toda la posibilidad Jurídica sino que es el fundamento en el proceso en el cual, obviamente, está la función ejecutiva, la que gira en torno a ley, ya que requiere autorización legal previa para actuar.
>
> "La voluntad general es una, pero con varios modos de ser, cuando es declarativa se refiere a la ley y cuando es ejecutiva al Gobierno; pero Legislador y Gobierno representan un mismo interés general, aunque de diverso modo operativo. De ahí que el artículo 113 superior consagre la colaboración de las ramas del poder público, porque si bien es cierto cada uno hace lo suyo, es lógico que todas busquen idéntico fin.

"....

....".

"Las anteriores consideraciones demuestran que la norma acusada no infringe los requisitos de certeza jurídica de que trata el artículo 338 Constitucional, ya que establece los elementos de la obligación tributaria y fija los criterios generales propios de toda norma jurídica, los cuales deben ser desarrollados posteriormente por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones como jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa.

"e) La potestad reglamentaria.

"El hecho de que sea una facultad restrictiva del Congreso lo referente a la obligación tributaria, no implica que el Presidente de la República no pueda ejercer su potestad reglamentaria, la cual no sólo es legítima, sino necesaria para ajustar a las circunstancias reales de la Nación, las disposiciones generales impuestas por el Legislador.

"La potestad reglamentaria en materia tributaria, al ser una potencialidad no contradice la naturaleza de la rama ejecutiva del poder público, porque la función es la de reglamentar, como acto administrativo que hace real el anunciado abstracto de la ley. Si el Legislador hace la ley, el ejecutivo tiene el derecho-deber de encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real. Ejercer esa potestad no implica que el gobierno esté legislando, pues el hecho de reglamentar una ley no equivale a legislar. Otra cosa es que el acto reglamentario produzca, como debe ser, efectos jurídicos, lo cual es apenas connatural a un Estado de derecho, donde todo significación jurídica (sic). Y es que no están frente a frente la ley y la consecuencia de la potestad reglamentaria, porque ambas integran el concepto de norma con la diferencia cualitativa de ser norma general la ley y noma particular el efecto de la reglamentación. El ejecutivo no puede legislar –salvo que se trate de facultades extraordinarias o de los estados de excepción de acuerdo con los términos de la Constitución– pero sí puede regular, porque toda legislación es normativa, pero no toda normatividad es legislativa, pues la norma es género y la ley es especie".

Santafé de Bogotá D.C., abril 19 de 1994.

Jaime Abella Zárate.

TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO/ACTIVIDAD INDUSTRIAL/ IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Anulado el par. 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, que exigía la prueba específica, para que el contribuyente pudiera acreditar ante el Distrito Capital los ingresos obtenidos en otros municipios, es evidente, entonces, que no existe la restricción probatoria que establecía ese artículo, por lo que es entonces aceptable cualquier otro medio probatorio, entre los cuales se tiene, el certificado expedido por el revisor fiscal. Por otra parte lo que contiene el Decreto 3070 de 1983 por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 14 de 1983, es un requisito que debe cumplirse por parte de los contribuyentes de matricular en cada municipio las agencias o sucursales por medio de las cuales se ejerce la actividad, sea ella industrial, comercial, o de servicios; pero en ningún caso en ese inciso se podía basar el Distrito para gravar, como lo hizo, los ingresos obtenidos en otros municipios, pues el inciso segundo que se hubiera podido servir para gravar los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción, fue declarado nulo, en sentencia de 25 de septiembre de 1989, expediente No. 0082.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4759. Actor: Poliolefinas Colombianas S.A. "Policolsa". Impuesto - Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte demandada, Distrito Capital Santafé de Bogotá, contra la sentencia de 15 de

diciembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos, por el año gravable de 1986, vigencia fiscal de 1987, mediante la cual anuló parcialmente la liquidación oficial No. 1196 de 12 de diciembre de 1988.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó su declaración anual de impuesto de industria, comercio y avisos, el 5 de abril de 1987, radicada ba jo el número 064029, en la cual declaró ingresos gravables en el Distrito, por un total de $4.305.865.461.

El 9 de agosto de 1988 la administración Distrital de Impuestos, notificó el requerimiento No.499 del mismo mes y año (fol io 33), por medio del cual se solicitó a la actora presentar pruebas contables que justificaran lo relacionado con el "monto total de los ingresos brutos obtenidos durante el año gravable de 1986 (libros oficiales)", comprobar disminución de la base gravable por $7.134.107.781 según artículo 20, parágrafo del Acuerdo No. 21 de 1983" y que acreditara la "representaci6n Legal y la clase de actividad desarrollada". Requerimiento al cual dio contestación el 25 de agosto de ese mismo año, y en escrito de 22 de agosto (folio 34) anexó certificado expedido por el Revisor Fiscal de la sociedad y el certificado de existencia y representación.

El 15 de octubre de 1988, la Dirección emitió orden de visita No. 05-657, con los mismos puntos del requerimiento anterior, visita ésta en la cual se le establecieron diferencias a la actora entre la base gravable declarada y la base gravable por valor de $5.581.697.441.(folio 37).

El 13 de diciembre de 1988, la Administración Distrital practicó la liquiciación oficial No.1196 (folio 38), por medio de la cual se le determinaron impuestos de industria y comercio por un total de $39.550.216, parágrafo anual por $9.887.553, impuesto anual de avisos por valor de $5.932.531, lo que originó diferencia contra la liquidación privada por la suma de $35.563.359, y adicionalmente se le determinaron sanciones por inexactitud por $64.428.666.

Contra la anterior liquidación la sociedad actora interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación. El primero resuelto mediante resolución No. 140 de 17 de marzo de 1989, de la Dirección Distrital de Impuestos, en la cual se resolvió confirmar la liquidación oficial, y el segundo –apelación– resuelto por resolución No. 255 de 3 de octubre de 1989, por la Junta Distrital de Hacienda, en la cual se dispuso revocar la resolución No. 140, y modificó la liquidación oficial No.1196 de 13 de diciembre de 1988, aceptando parcialmente los argumentos de la actora, para lo cual determinó un impuesto de Industria y Comercio anual por $39.550.216, y de avisos por $5.932.531, y la sanción por inexactitud de $44.653.580, resolución ésta última que agotó vía gubernativa.

LA DEMANDA:

La parte actora, por intermedio de abogado, presentó el día 9 de febrero de 1990, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual solicitó la nulidad de la operación de la Administración que le determinó el impuesto de Industria, Comercio y Avisos por el año gravable de 1986, vigencia fiscal de 1987, la cual sustentó con los siguientes Cargos: Violación del artículo 32 de la Ley 14 de 1983 y el artículo 1o. del Acuerdo 21 de 1983, por cuanto se está gravando con impuestos en el Distrito de Bogotá, ingresos obtenidos en otros municipios diferentes al Distrito de Bogotá, y por cuanto se están incrementando los ingresos gravables, con partidas no causadas en el ejercicio de 1986; artículo 15 del Acuerdo 21 de 1983, por cuanto está considerando como base gravable ingresos obtenidos en otros municipios diferentes al Distrito Especial de Bogotá y por cuanto se están incrementando los ingresos gravables con partidas no causadas en el ejercicio de 1986; artículo 20 *ibídem,* puesto que no se está permitiendo descontar de la base gravable en el Distrito Especial unos ingresos que aparecen demostrados como generados en otros municipios; parágrafo 1o. del artículo 21 *ibídem* por cuanto se sancionó a la actora en una forma ilegal, no consagrada en la legislación del Distrito Especial de Bogotá; artículo 1o., inciso 2o. del decreto 3070; además, se está gravando en el Distrito Especial de Bogotá, cuando la sociedad tiene una actividad industrial que debió ser gravada en el municipio en el cual se encuentra ubicada su planta industrial; y por último indica como violado el artículo 53 del Acuerdo 21, en cuanto la administración está imponiendo una sanción por inexactitud, sin existir los presupuestos legales para su determinación.

SENTENCIA APELADA:

En relación con el punto de "Ingresos obtenidos en otros municipios por valor de $4.728.370.112, el *a-quo* los aceptó, tomando en cuenta el acervo probatorio allegado al expediente, tales como el certificado del revisor fiscal, la que fue complementada con una inspección judicial, con intervención de peritos contables, verificada en las dependencias de la sociedad actora.

El punto relativo a los ingresos no declarados en cuantía de $853.327.324, como consecuencia de ingresos "percibidos por la firma dada la modalidad de venta con precios diferenciales que utiliza con los compradores de sus productos y que en el evento de no ser pagados en los plazos convenidos, se configuran intereses por mora", el *a-quo* manifestó que no estaba llamado a prosperar, ya que encontró válidos los argumentos de la Administración, que son corroborados por el dictamen pericial.

En cuanto a la sanción por inexactitud el Tribunal accedió a su aceptación pero sólo en la suma de $853.327.324, por no haberse desvirtuado este punto.

LA APELACION:

El representante judicial del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, manifiesta que la decisión del *a-quo* debe ser revocada en cuanto a que, en primer lugar, la actora por su objeto social es una empresa industrial y que por tanto según el artículo 20, parágrafo 2o., no podía descontar de la base gravable de las actividades industriales los ingresos percibidos en otros municipios. Y agrega que "por otra parte, tampoco aparece (sic) acreditados los requisitos que exige el parágrafo 4o. del mismo artículo 20 pues no se ha demostrado por la demandante con las pruebas idóneas que el "acto de venta de los productos o servicios o la suscripción del contrato respectivo se cumple fuera del Distrito Especial".

ALEGATOS DE CONCLUSION:

a) PARTE DEMANDADA: Reitera en este momento procesal, que si bien es cierto lo afirmado por el Tribunal en relación con la aceptación de los ingresos obtenidos en otros municipios, por valor de $4.728.370.112.00, como consecuencia de la declaratoria de nulidad por parte de del Consejo de Estado del artículo 20, parágrafos 1o., 2o., 3o. y 4o. "Sin embargo, se encuentra vigente una norma similar a nivel nacional que no ha sido tenida en cuenta en la sentencia apelada y que es el decreto No. 3070 del 3 de noviembre de 1983, por el cual se reglamentó parcialmente la ley 14 de 1983", por lo que era aplicable en el caso *sub-lite*. Reitera su inconformidad en la relativo a la sanción por inexactitud, planteada en la apelación.

b) EL MINISTERIO PUBLICO: La procuradora sexta Delegada en lo Contencioso Adminlstrativo ante el Consejo de Estado, considera que la sentencia del Tribunal debe ser confirmada, aduciendo que al declarar el Consejo de Estado la nulidad del artículo 20, parágrafo 1o. del Acuerdo 21 de 1983, desapareció la restricción probatoria que este exigía, por lo que las pruebas aducidas por la contribuyente demuestran que esta realizó ventas fuera de del Distrito Capital de Bogotá.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala considera que la sentencia del *a-quo* debe ser confirmada, como lo solicita el señor Procurador Delegado ante lo Contencioso Administrativo, para lo cual se permitirá hacer precisión en dos puntos que son objeto de discusión en el proceso: a) La facultad impositiva de los municipios, y b) Los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos de contenido general, como lo son, en el *sub-lite,* los parágrafos 1o. y 2o. del artículo 20 del Acuerdo Municipal No. 21 de 1983.

En cuanto a la facultad impositiva tributaria de los municipios la Sala en reiteradas oportunidades, ha manifestado que "se anota como una primera limitación a la facultad impositiva de los Concejos Municipales, la de no poder gravar actividades que se ejerzan en otra jurisdicción municipal" –sentencia de 25 de septiembre de 1989, actor:

Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñónes, Magistrado ponente, doctor: Jaime Abella Zárate, expediente No 0082–, por lo que, como bien lo entendió el *a-quo,* el Distrito Especial de Bogotá (hoy Santafé de Bogotá Distrito Capital), no podía gravar los ingresos generadores del tributo obtenidos en territorios distintos al de Santafé de Bogotá D.C, descontados por la actora en su declaración privada, presentada en el Distrito Capital, pues como se advierte en el expediente y no ha sido desvirtuado, la sociedad tiene su planta industrial o de producción en la ciudad de Barrancabermeja. Producción que se comercializa en distintos municipios del país, pero no por ello debe considerarse el hecho de la venta, como aparte y distinto de la producción, para efectos de entender de que cada uno de ellos caracterizan dos actividades gravables distintas, realizadas por el mismo sujeto, ya que para la Sala, como lo ha expresado en otras oportunidades "la venta del producto es la culminación del proceso económico del industrial, pero no es actividad adicional o diferente de la fabricación misma" –sentencia de 25 de septiembre de 1989, actor: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñónes, Magistrado ponente, doctor: Jaime Abella Zárate, expediente No 0082–.

En lo referente al segundo aspecto, la Sala reitera, de igual manera, lo expresado en sentencia de 19 de abril de 1991, expediente No.3153, actor Cicolac, magistrado ponente Guillermo Chahín Lizcano, en la cual se expresó:

> "Respecto de los efectos de las sentencias de nulidad proferidas por la Jurisdicción contenciosa administrativa ha sido reiterativa esta Corporación en el sentido que ellas producen efectos *ex-tunc* ("desde entonces"), esto es, desde el momento en que se expidió el acto anulado, sin que afecte ese hecho el que dicha declaratoria tenga como fundamento la atribución constitucional de esta Jurisdicción de defensa de la Carta Fundamental en los términos del artículo 216 C.N".
>
> "Como consecuencia de lo anterior, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión tomada en esta últirna".
>
> "Se diferencia así de las sentencias de inexequibilidad pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia, las cuales como lo ha sostenido la misma Corte, producen efectos hacia el futuro, esto es, *ex-nunc* ("desde ahora"), desde el momento de su pronunciamiento, asimilándose por tanto aquellos que produce la derogatoria de una norma".

Por tanto, anulada la norma –parágrafo 1o., del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983–, que exigía la prueba específica, para que el contribuyente pudiera acreditar ante el Distrito Capital, los ingresos obtenidos en otros municipios, es evidente, entonces, que no existe la restricción probatoria que establecía ese artículo, por lo que es entonces aceptable cualquier otro medio probatorio, entre los cuales se tiene, como

en el caso *sub-lite,* el certificado expedido por el revisor fiscal de la compañía (folios 35 y 36) y el dictamen pericial, que corrobora lo certificado por el revisor fiscal, visible a folio 193 y siguientes. Por tanto para la Sala, como para el señor procurador delegado ante esta corporación, las pruebas aportadas en el proceso constituyen elementos de juicio suficientes para desvirtuar parcialmente los actos acusados, tal como lo interpretó el Tribunal en su sentencia. Resulta irrelevante lo expuesto por el señor apoderado del Distrito, en su alegato de conclusión en relación con que se encuentra vigente una norma similar a nivel nacional que no ha sido tenida en cuenta en la sentencia apelada y que es el decreto No. 3070 del 3 de noviembre de 1983" (artículo 1o., inciso 1o.) "por el cual se reglamentó parcialmente la ley 14 de 1983", por lo que era aplicable en el caso *sub-lite,* ya que este, lo que contiene es un requisito que debe cumplirse por parte de los contribuyentes de matricular en cada municipio las agencias o sucursales por medio de las cuales se ejerce la actividad, sea ella industrial, comercial, o de servicios; pero en ningún caso en ese inciso se podía basar el Distrito para gravar, como lo hizo, los ingresos obtenidos en otros municipios, pues el inciso segundo que se hubiera podido servir para gravar los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción, fue declarado nulo, en sentencia de 25 de septiembre de 1989, expediente No. 0082.

En relación con en punto relativo a los ingresos no declarados en cuantía de $853.327.324, la Sala no se pronunciará ya que este no fue objeto de apelación.

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

FALLA:

CONFIRMASE en todas sus partes, la sentencia apelada, proferida el 15 de diciembre de 1992, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca objeto de esta apelación.

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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

BIENES–Clases/**HECHO GENERADOR/INGRESO BRUTO/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

Los bienes en el impuesto a las ventas, se clasifican en bienes gravados, exentos y excluidos, de suerte que las operaciones que constituyen el hecho generador del impuesto (ventas, importaciones) que se realicen con ellos, originan ingresos provenientes de operaciones gravadas, exentas o excluidas del impuesto a las ventas. El concepto de ingresos brutos, están constituidos por la totalidad de ingresos provenientes de las operaciones efectuadas con bienes gravados, exentos o excluidos del impuesto a las ventas; y a contrario de lo que ha sostenido el demandante la instrucción del correspondiente renglón (1 del formulario) es igualmente acorde con las normas que regulan el impuesto a las ventas.

VENTA DE ACTIVOS FIJOS/VENTA EXCLUIDA–Efectos/**VENTA NO GRAVADA**–Efectos/**DECLARACION DE IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

La venta de activos fijos por regla general no está sometida al impuesto sobre las ventas, conforme a lo dispuesto por el art. 420 (par. del estatuto tributario), pero ello es diferente a las ventas que se realicen con bienes excluidos, es decir, las ventas de activos fijos no pueden considerarse, como ventas excluidas, sino como ventas no sometidas al impuesto a las ventas, cosa que es distinta, por cuanto en relación con los primeros, existe obligación de declararlos, mientras que los segundos, ni siquiera existe esa obligación, porque son ajenos al impuesto a las ventas.

CERTIFICADO CONTABLE–Restricción/**CONTADOR PUBLICO**

Las normas tributarias no le atribuyen a los contadores un poder absoluto en materia de pruebas, ni la calificación legal de hechos económicos y jurídicos, sino que se limita a los actos y actuaciones indicadas en el art. 8o. de la Ley 145 de 1960, lo que significa que su ámbito de aplicación es restringida, por lo que no puede pretenderse con ella y menos cuando su contenido es lacónico como ocurre en este caso, demostrar la calidad o naturaleza y origen de los ingresos denunciados con carácter diferente al que se ha registrado en la declaración.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4771. Actor: Compañía para Inversiones y Exportación de Factorías Industriales S.A. Impuesto Ventas. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada: La Nación - Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 4 de febrero de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander acogió las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad FACTORIAS INDUSTRIALES S.A., Nit: 890.211.563, para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos de Santander efectuó corrección aritmética a la sanción por extemporaneidad liquidada privadamente en la declaración de ventas correspondiente al 5o. bimestre del año gravable de 1988.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora presentó declaración del impuesto a las ventas por el 5o. bimestre de 1988, el día 27 de julio de 1989, en el Banco Colpatria Sucursal Bucaramanga. En su liquidación privada determinó un impuesto a cargo en la suma de cero pesos por considerar la totalidad de ingresos brutos, como ingresos provenientes de operaciones excluidas del impuesto, así mismo liquidó una sanción por extemporaneidad por valor de $13.000.

La División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bucaramanga, mediante liquidación de corrección aritmética distinguida con el No. 07 del 18 de noviembre de 1990, corrigió la sanción por extemporaneidad, la cual estimó en la suma de $2.387.000, aduciendo que con fundamento en el inciso 3o., del artículo 646 del

Estatuto Tributario, cuando en la declaración no resulte impuesto a cargo, la sanción por cada mes o fracción de mes calendario es del medio por ciento (0.5%) de los ingresos brutos percibidos por el declarante, sin exceder del 5%, y que la sociedad había incurrido en 9 meses de retardo en la presentación de la declaración cuyo plazo según el artículo 10 del Decreto 88 de 1988, venció el 23 de noviembre de 1988. Como consecuencia del mayor valor determinado por concepto de la sanción se impuso igualmente sanción por corrección del 30% que liquidó en la suma de $706.000, conforme al artículo 701 *ibídem* para un total de $3.103.000.

Contra esta liquidación la sociedad interpuso el recurso de reconsideración manifestando que la suma de $53.053.000 registrada en los renglones 1 y 3 del formulario de la declaración y que sirvió de base a la Administración para liquidar la sanción, correspondía en realidad a venta de activos fijos de la sociedad que no eran susceptibles de constituir ingresos para efectos del impuesto a las ventas, conforme al certificado del revisor fiscal, y a concepto No. 15649 del 11 de agosto de 1988, de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales.

Por medio de la Resolución No. 0042 del 7 de mayo de 1991, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración resolvió el anterior recurso en sentido adverso a lo pretendido por el recurrente, ya que a su juicio no existía el error invocado, toda vez que el formulario de la declaración del impuesto a las ventas se encuentra diseñado de manera que el contribuyente debe indicar el total de los ingresos brutos percibidos durante el año (ventas y servicios) para luego ser depurados con los ingresos exentos y excluidos (renglones 2 y 3) tal como lo hizo aquél al excluir la suma de $53.053.300, resultando una base gravable de cero. Por consiguiente, confirmó el acto administrativo recurrido.

LA DEMANDA:

Agotada la vía gubernativa la sociedad actora, el día 17 de septiembre de 1991, acudió al Tribunal Administrativo de Santander, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el propósito de obtener de ésta jurisdicción la nulidad de los actos administrativos anteriormente reseñados, así como el restablecimiento del derecho, con la confirmación de la liquidación privada.

Aduce el libelista que los actos administrativos acusados incurrieron en violación de los artículos 420, 639, 742, 683, 933 del Estatuto Tributario, por falta de aplicación, y el artículo 641 ibídem, por indebida aplicación.

Observa que el punto en discusión recae en determinar cuál es la base que debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar la sanción por extemporaneidad en la presentación de la declaración del impuesto a las ventas, y que aquélla conforme al artículo 641 del Estatuto Tributario, es claro que corresponde a "los ingresos brutos del contribuyente en el respectivo período gravable". Pero, que también la sociedad

entiende que la cifra registrada en el renglón correspondiente a los ingresos brutos (renglón 1), es decir, la suma de $53.053.000 "es el resultado de un error en el que incurrió" porque dicha suma corresponde a la venta de activos fijos, y éstas no están sometidas al impuesto sobre las ventas, por lo que no pueden considerarse éstos ingresos como ingresos brutos para tales efectos.

En éste aspecto manifiesta que el concepto No. 15649 proferido por la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, también violado por la Administración de Impuestos de Bucaramanga por falta de aplicación, hay que tenerlo en cuenta porque, en él se reconoce que, el diseño del formulario de la declaración de ventas "incurrió en un exceso al indicarse que en el renglón 1 **ingresos brutos** se debían incluir todos los ingresos obtenidos por el contribuyente, cualquiera que fuera su naturaleza y sin importar si el ingreso estuviere o no sometido al régimen del impuesto sobre las ventas".

Por tanto, considera que al tomar la Administración como base para la liquidación de la sanción "las ventas de activos fijos" incurrió en violación del artículo 641 del Estatuto Tributario, y al desconocer el hecho probado, en cuanto a dichos ingresos corresponde a activos fijos se violó, igualmente, el artículo 742 *ibídem.*

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrat1vo de Santander se pronunció favorablemente al *petitum* demandatorio, en sentencia del 4 de febrero de 1993, en la cual declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y confirmó la liquidación privada.

A esta decisión llegó el Tribunal, por considerar que el inciso 3ò. del artículo 641 del Estatuto Tributario, que tuvo en cuenta la Administración para determinar la base de la sanción debe entenderse en el sentido de que cuando se refiere a ingresos brutos, éstos corresponden únicamente a los ingresos provenientes de ventas gravadas, excluyendo las originadas en ventas exentas y excluidas del impuesto a las ventas, ya que si sobre las ventas excluidas no hay impuesto, por lógica, tales ventas tampoco deben servir de base para la aplicación de la sanción por extemporaneidad, lo cual coíncide con lo expresado en el concepto que cita la demanda.

De acuerdo con lo anterior, estima el *a-quo,* que si la sociedad declaró ingresos por ventas de activos fijos en la suma de $53.053.000, las cuales son excluidas del impuesto según el artículo 1o. del Decreto 3541 de 1983, legalmente no tenía obligación de tomar este valor como base para liquidar la sanción, y que a falta de impuesto a cargo, y de ingresos sometidos a gravamen, fue correcta la sanción mínima liquidada por la sociedad en la suma de $13.000.

Por otra parte, advierte el *a-quo* que discrepa de la afirmación del Ministerio Público, según la cual "la sociedad no demostró su afirmación de que los ingresos

obtenidos provenían de ventas excluidas... necesario para excluir de la base de la sanción la cantidad de ingresos anotados en la liquidación privada. Para el Tribunal, ello implicaría introducir un factor de controversia no propuesto en el proceso por ninguna de las partes, y por otra, porque la declaración de ventas está amparada por la presunción de veracidad que consagra el artículo 746 del Estatuto Tributario, lo que significa que quien debe desvirtuar la declaración y afirmación del contribuvente es la Administración.

LA APELACION:

El representante judicial de la Nación - Dirección de Impuestos Nacionales - Administración de Impuestos de Bucaramanga, en tiempo apela la sentencia del Tribunal manifestando que el criterio expuesto en ella sobre "ingresos brutos" riñe con la legislación tributaria, que siempre ha considerado como "ingresos brutos" la totalidad de ingresos obtenidos por el contribuyente durante el respectivo año gravable, por todo concepto, estén o no sometidos a impuesto a las ventas.

A su juicio, debe tenerse en cuenta que "la sanción castiga el hecho de presentar extemporáneamente la declaración, sin consideración a que en la misma se imponga o no gravamen" o se esté o no excluido del impuesto por no ser contribuyente" de manera que al no resultar impuesto a cargo, conforme al inciso 3o. del artículo 641 del Estatuto Tributario, la sanción por cada mes o fracción de mes calendario es equivalente al medio por ciento (0.5%) de los **ingresos brutos** percibidos por el contribuyente durante el año gravable.

Por ultimo advierte, que el concepto No. 15649 que cita el demandante se refiere al concepto sobre el manejo del impuesto para determinar la base gravable que genera el impuesto, lo cual en su opinión es diferente a la base para efectos de la aplicación de las sanciones como la de extemporaneidad, además observa, que según el profesor Alejandro Ramírez Cardona, en la determinación de los impuestos la multa no se encuentra necesariamente ligada al valor del tributo establecido o a las bases gravables.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Parte demandada: El representante judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales manifiesta que la sentencia del Tribunal es equivocada y violatoria del artículo 27 del Codigo Civil, que no permite desconocer el sentido de la ley, cuando éste es claro, con el pretexto de interpretarla. Así mismo considera que se ha violado el artículo 230 de la Constitución Nacional, según el cual, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley.

Resalta que el yerro del fallador es más grave si se tiene en cuenta que el propio demandante reconoció la claridad del artículo 641 del Estatuto Tributario para

determinar la base sobre la cual debe aplicarse la sanción por extemporaneidad, solo que ha pretendido justificar su proceder con la afirmacion de que "la sociedad entiende que la cifra que señaló como ingresos brutos por el 5o. bimestre de 1988, es decir, la suma de $53.053.000, es el resultado de un error en el que incurrió, porque tal guarismo no es el que debió haber quedado allí incluido". Por ello, estima que no entiende cómo el Tribunal desconoce el tenor literal de la norma en cita para pronunciarse sobre aspectos no considerados en la demanda.

A lo anterior agrega, que además los argumentos del Tribunal carecen de respaldo legal al desconocer los prosupuestos legales de la sanción por extemporaneidad, como que castiga el hecho de presentar extemporáneamente la declaración, sin consideración a que se liquide o no gravamen.

Por último, observa que la sentencia al referirse al concepto del Ministerio Público, incurre en contradicciones, especialmente, en lo que a la presunción de veracidad de la declaración se refiere. Advierte que el concepto No. 15649 de la Dirección de Impuestos que menciona el demandante, éste fue modificado por el No. 18233 de 1989, por ser aquél incorrecto, y concluye que la actuación administrativa se ajusta a derecho, razón por la cual solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada.

Parte actora: El apoderado judicial de la sociedad demandante reitera que el valor llevado al renglón 1 (ingresos brutos) es el resultado de un error que se originó por las instrucciones que aparecen en el mismo renglón del formulario, según el cual, en ese renglón el contribuyente debía indicar "la totalidad de los ingresos percibidos durante el bimestre" sin distinguir entre los ingresos provenientes de operaciones gravadas, exentas o excluidas, es decir, sin tener en cuenta si el ingreso estaba o no sometido al gravamen.

Para el demandante, el formulario y las correspondientes instrucciones contrarían los artículos 1o. del Decreto 3541 de 1983, y 420 del Estatuto Tributario, que expresamente enseñan que "los ingresos provenientes de la enajenación de activos fijos se encuentran excluidos del impuesto sobre las ventas" con lo cual indujo al contribuyente a incurrir en error de declarar como ingresos brutos, los originados de la "venta de activos fijos" que son excluidos del impuesto.

Pone de manifiesto que en el caso *sub-júdice* la sanción por extemporaneidad no podía liquidarse sobre el valor del impuesto a cargo, porque tratándose de operaciones de ventas no sometidas al impuesto sobre las ventas, la base gravable del tributo es de cero, como lo declaró, y, tampoco sobre el valor de los ingresos brutos, porque éstos también eran de cero, por tratarse de ingresos provenientes de la venta de activos fijos; es decir, que la que correspondía liquidar era la mínima de $13.000 que determinó en la declaración.

Por último y para controvertir los argumentos expuestos por el representante del Ministerio Público, afirma que en los antecedentes administrativos aparece

certificación del revisor fiscal, en donde consta el origen, naturaleza y monto de los ingresos obtenidos durante el bimestre en cuestión.

En consecuencia, solicita a la Corporación confirmar la sentencia del Tribunal.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado estima que la sentencia del Tribunal debe ser revocada y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, porque la sociedad estaba obligada a demostrar el error alegado, esto es, que la suma de $53.053.000 llevada a renglón 1 (ingresos brutos) del formulario de la declaración, provenía de la enajenación de activos fijos, y ello no aconteció. Así mismo, coincide con el concepto del Procurador 17 en lo judicial, en el sentido de que la certificación del revisor fiscal aportada para demostrar el hecho alegado, no es idónea, en virtud de lo dispuesto en la Ley 145 de 1960, que no faculta a los contadores públicos ni revisores fiscales para emitir conceptos sobre la naturaleza y origen de las operaciones contables.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La controversia entre el administrado y la Administración se originó en la corrección aritmética que de la sanción por extemporaneidad efectuó la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bucaramanga al valor determinado por la sociedad en la correspondiente liquidación privada del impuesto a las ventas por el período bimestral septiembre-octubre (5o. bimestre), con fundamento en el artículo 641 inciso 3o. del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), que prescribe, que cuando en la declaración no resulte impuesto a cargo, la sanción por cada mes o fracción de mes calendario será del medio por ciento (.5%) de los ingresos brutos percibidos por el declarante sin exceder del 5%. Como la sociedad en su liquidación privada no liquidó impuesto a cargo, y por ingresos brutos (renglón 1) correspondiente a ingresos exentos, gravados o excluidos, declaró la suma de $53.053.000, sobre este valor se liquidó oficialmente la sanción por extemporaneidad, determinándose un mayor valor por este concepto en la suma de $2.374.000, más el 30% de sanción por corrección aritmética.

Este proceder ha sido cuestionado por la sociedad aduciendo haber incurrido en error en el renglón 1 del formulario (ingresos brutos) debido a que la suma allí registrada, esto es, la cantidad de $53.053.000, corresponde a la venta de activos fijos, las cuales de conformidad con el artículo 420 del Estatuto Tributario, no están sometidas al impuesto a las ventas, pero que como la instrucción del formulario del correspondiente renglón 1 se refiere a los excluidos, esta circunstancia lo indujo a incurrir en error, pero que lo cierto es que al no tener tal suma el carácter de ingresos brutos, el valor del renglón, es de cero, y por lo mismo la sanción liquidada en su privada es correcta. Para demostrar su aseveración aportó al proceso gubernativo una certificación del revisor fiscal, en donde se ratifica la anterior afirmación.

Para resolver esta controversia, en primer lugar, la Sala aclara que los bienes en el impuesto a las ventas, se clasifican en bienes gravados, exentos y excluidos, de suerte que las operaciones que constituyen el hecho generador del impuesto (ventas, importaciones) que se realicen con ellos, originan ingresos provenientes de operaciones gravadas, exentas o excluidas del impuesto a las ventas. Por tanto, no es acertada la interpretación que del inciso 3 del artículo 641 del Estatuto Tributario realiza el Tribunal, al concepto de ingresos brutos, pues éstos conforme a lo anterior, están constituidos por la totalidad de ingresos provenientes de las operaciones efectuadas con bienes gravados, exentos o excluidos del impuesto a las ventas; y a contrario de lo que ha sostenido el demandante la instrucción del correspondiente renglón (1 del formulario) es igualmente acorde con las normas que regulan el impuesto a las ventas.

Ahora bien, la venta de activos fijos, ciertamente, como lo afirma el demandante, por regla general no está sometida al impuesto sobre las ventas, conforme a lo dispuesto por el artículo 420 (parágrafo del Estatuto Tributario), pero ello es diferente a las ventas que se realicen con bienes excluidos, es decir, las ventas de activos fijos no pueden considerarse como erróneamente lo interpreta el contribuyente y lo acoge el Tribunal, como ventas excluidas, sino como ventas no sometidas al impuesto a las ventas, cosa que es distinta, por cuanto en relación con los primeros, existe obligación de declararlos, mientras que los segundos, ni siquiera existe esa obligación, porque son ajenos al impuesto a las ventas.

Pero la realidad procesal, es que la controversia no gira en torno a lo anterior, sino del hecho de que la sociedad declaró sus ingresos en cuantía de $53.053.000, como ingresos brutos (gravados, exentos o excluidos) sometidos al impuesto sobre las ventas, y esta información se encuentra amparada con la presunción de veracidad que le otorga la ley, de manera que si pretendía modificarla para exonerarse de la sanción por extemporaneidad, estaba en la obligación legal de demostrar plenamente el error alegado, allegando prueba idónea e inequívoca de su afirmación, y no como erróneamente lo ha interpretado el Tribunal, en el sentido de que era la Administración quien debía demostrar el error alegado por el contribuyente, en una desafortunada interpretación de los hechos y de las normas que se han ventilado en esta controversia.

Con oportunidad del recurso de reconsideración en la vía gubernativa, es cierto que la sociedad aportó una certificación del revisor fiscal para demostrar el error alegado, en la cual manifiesta que revisados los libros de contabilidad se observó que los ingresos brutos declarados provenían en su totalidad de la enajenación de activos fijos y que por error se habían incluido en el renglón 1 del formulario oficial. Para la Sala, esta simple afirmación del revisor fiscal, como lo ha advertido el colaborador fiscal, no es válida para demostrar la aseveración del contribuyente que conlleva al hecho de considerar que no se encontraba obligado a declarar, si la totalidad de ingresos llevados al renglón 1 correspondían a ventas de activos fijos como se ha afirmado.

Como lo ha sostenido la Sala en repetidas oportunidades, las normas tributarias no le atribuyen a los contadores un poder absoluto en materia de pruebas, ni la

calificación legal de hechos económicos y jurídicos, sino que se limita a los actos y actuaciones indicadas en el del artículo 8o. de la Ley 145 de 1960, lo que significa que su ámbito de aplicación es restringida, por lo que no puede pretenderse con ella y menos cuando su contenido es lacónico como ocurre en este caso, demostrar la calidad o naturaleza y origen de los ingresos denunciados con carácter diferente al que se ha registrado en la declaración.

En consecuencia, la Sala encuentra justificada la objeción planteada en el recurso de apelación por el apoderado de la Administración de Impuestos de Bucaramanga, ya que es evidente, por una parte, que el error alegado por el responsable del impuesto a las ventas no ha sido demostrado, y, por la otra, que los presupuestos fácticos que dan lugar a la sanción por extemporaneidad se encuentran claramente configurados no existiendo discusión al respecto, motivo por el cual no puede afirmarse como lo hizo el Tribunal que fue la Administración quien incurrió en transgresión legal, cuando ésta, por el contrario, se ajustó a las normas que regula la corrección aritmética para las sanciones no determinadas o incorrectas liquidadas por el contribuyente, especialmente los artículos, 641 inciso 3o. y 701 del Estatuto Tributario. Por consiguiente, es procedente como lo pide el apelante apoderado de la Nación y el Ministerio Público, revocar la sentencia del Tribunal, y en su lugar negar 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:

1o. Revócase la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, proferida el día 4 de febrero de 1993, dentro del proceso iniciado por la sociedad FACTORIAS INDUSTRIALES S.A., contra la operación administrativa relacionada con el impuesto a las ventas correspondiente al V bimestre de 1988.

2o. Deniéganse las súplicas de la demanda.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

DIFERENCIA EN CAMBIO/BASE GRAVABLE/CUENTA CORRECCION MONETARIA/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La Circular 007 de 1893 introduce un nuevo concepto (el ajuste de cambios) a la base gravable del impuesto de industria y comercio no contemplado en las normas superiores porque efectivamente antes de 1a vigencia de los ajustes integrales por inflación (1o. de enero de 1992) y como consecuencia de lo previsto en el Estatuto Tributario art. 269, el incremento del valor en pesos de los bienes y créditos en monedas extranjeras, estimado en moneda nacional en el último día del año o período gravable de acuerdo con la tasa oficial de cambios afectaba la cuenta patrimonio y sólo a partir del 1o. de enero de 1992, fecha de aplicación de los ajustes por inflación de que trata el Título V del Libro Primero del Estatuto Tributario, el ajuste de los activos expresados en moneda extranjera, que deben reexpresarse a la tasa de cambio, deben llevarse como un crédito (ingreso) a la cuenta de corrección monetaria e incrementar por el mismo valor el activo. En consecuencia el ajuste al crédito (ingreso) de la cuenta de corrección monetaria, por reexpresión de los bienes representados en divisas afecta el ingreso bruto de los contribuyentes y por lo tanto no debe tenerse en cuenta para efectos del impuesto de industria y comercio conforme con lo ordenado por la ley.

AJUSTE POR INFLACION/BASE GRAVABLE/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por disposición expresa del legislador en manera alguna el sistema de ajustes integrales por inflación puede tener efectos para el impuesto de industria y comercio ni demás impuestos o contribuciones de cualquier naturaleza, por lo que tampoco las modificaciones al Plan Unico de

Cuentas, introducidas con posterioridad pueden tener dicha incidencia, porque el sistema de ajustes integrales por inflación a utilizar en materia contable debe ceñirse a lo previsto en el mismo título.

BIEN EN MONEDA EXTRANJERA/AJUSTE POR INFLACION/BASE GRAVABLE/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

No queda duda que sí se incrementa la base gravable del impuesto de industria y comercio por efectos de los ajustes por inflación a los bienes representados en moneda extranjera, que es distinto del ajuste en las cuentas de resultado que para los ingresos establece a partir del año gravable de 1994, para efectos del impuesto de renta y complementarios exclusivamente, el art. 348-1 del Estatuto Tributario. En consecuencia cuando la Circular 007 de 1993 expedida por la Superintendencia bancaria determina los códigos de los ingresos operacionales que integran la base gravable del impuesto de industria y comercio de las entidades del sector financiero, incluyendo en la "posición propia" y "certificado de cambio" el ajuste por cambios, viola el art. 207 numeral 2o. literal a) del Decreto 1333 de 1986, que no los contempla, porque si bien descuenta el ajuste por inflación señalado en los códigos 410599, 411599 y 419599, estos se refieren al ajuste por inflación de la cuenta de resultado (ingresos) que como se indicó es diferente del ajuste por inflación, que con base en la tasa de cambio se aplica para bienes representados en monedas diferentes al peso colombiano, que se lleva como ingreso a la cuenta de corrección monetaria.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 4950. Nulidad y Suspensión Provisional de algunos apartes del numeral 1o. de la Circular Externa No. 007 de 12 de febrero de 1993 y de la Carta Circular No. 018 de 3 de marzo de 1993, expedidas por la Superintendencia Bancaria. Actor: Asociación Bancaria de Colombia. Fallo.

Procede la Sala a resolver la acción de nulidad ejercida mediante apoderado por la ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA, contra algunos apartes, del numeral 1o. de la Circular Externa No. 007 de 12 de febrero de 1993 y de la Carta Circular No. 018 de 3 de marzo de 1993, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

EL ACTO DEMANDADO

Se solicita que se declare la nulidad de:

1. "Las expresiones que se presentan destacadas del numeral 1o. de la Circular Externa número 007 de 18 (sic) de febrero de 1993 expedida por la Superintendencia Bancaria mediante la cual se determinan los códigos de los ingresos operacionales que integran la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio de las entidades del sector financiero:

"'1. INFORMACION A REPORTAR

"'**De conformidad con lo establecido en los artículos 42 y 46 de la Ley 14 de 1983 y en los artículos 207 y 212 del Decreto 1333 de 1986, los destinatarios de la presente circular deberán remitir a la Superintendencia Bancaria –División de Estadística–** para cada municipio donde se tengan oficinas abiertas al público (incluyendo aquellos municipios en los cuales los Concejos Municipales hayan establecido exenciones para el pago del impuesto), el número de oficinas que tiene la entidad en ese municipio y **el valor acumulado**, para el año correspondiente, **de las cuentas que a continuación se relacionan:**

"'1.1. (sic) **CORPORACIONES FINANCIERAS**

"'**Las Corporaciones Financieras deberán reportar en Moneda Total (Moneda Legal + Moneda Extranjera) las siguientes cuentas:**

CUENTA	**OBSERVACIONES**
"'**Código**	**Descripción**
"'4105	Intereses
"'4115	Comisiones y/o Honorarios
"'**413505**	**Posición Propia**
"'**413510**	**Certificados de cambio**
"'4195	Diversos
"'410599	Ajuste por Inflación
"'411599	Ajuste por Inflación
"'419599	Ajuste por Inflación

"'**Con los valores reportados para cada una de las cuentas anteriores, para cada municipio la Superintendencia Bancaria calculará la base gravable de la siguiente manera:**

"'**Base Gravable** = 4105 + 4115 + **413505** + **413510** + 4195 – (410599 + 411599+419599).

2. "Los apartes que a continuación se transcriben pertenecientes a la Carta Circular número 018 de marzo 3 de 1993 expedida por la Superintendencia

Bancaria por la cual se precisan las consideraciones que inspiran la Circular Externa número 007 de 1993:

"'2. El ingreso por ajuste en cambios que se registra en los códigos 413505 y 413510 del PUC, de acuerdo con las reglas establecidas en las normas legales que regulan la materia, forma parte de la base gravable. No se trata, por lo tanto, de un ingreso no gravado anteriormente, que por la aplicación de los ajustes por inflación, se haya convertido en gravable, como sí ocurriría si se hubiera incluido el ingreso por corrección monetaria –PAAG–. Por lo tanto, en la medida en que el ingreso por ajuste de cambios se realice, se genera el impuesto de industria y comercio correspondiente, siendo del caso reiterar que tal ingreso es gravable desde la expedición de la Ley 14 de 1983.

"'Antes de la expedición del régimen de ajustes integrales por inflación la diferencia en cambio se llevaba al patrimonio y el ingreso derivado de ella se producía cuando se enajenaban efectivamente las divisas. La modificación que se produjo consistió en que se cambió la regla contable de causación de este ingreso, determinándose que las variaciones en la tasa de cambio se reflejarán desde un principio en el estado de resultados. El hecho gravable, desde la óptica del impuesto de industria y comercio, se mantiene inalterado y, por tanto, no resultaría procedente la exclusión que al respecto ha sido solicitada.

"'Por otra parte, teniendo en cuenta que el impuesto en comento grava los **ingresos** brutos de los contribuyentes, la excepción consagrada en el inciso tercero del artículo 1o. del Decreto 2075 de 1992, de no incluir el efecto de los ajustes, hace referencia exclusivamente al incremento de que son objeto estos ingresos por razón del ajuste mensual por el PAAG. Conviene aclarar, sin embargo, que en la actualidad, de acuerdo con lo instruido en el Plan Unico de Cuentas, tales conceptos no están siendo ajustados por el PAAG' (Los destacados son del texto)".

LA DEMANDA

El apoderado de la actora consideró vulnerados los artículos 207 y 212 del Decreto Ley 1333 de 1986; 330 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989); 12 y 26 del Decreto 2912 de 1991 y, 1o. inciso final del Decreto 2075 de 1992.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. El régimen normativo bajo el cual pueden los municipios gravar a las corporaciones financieras con el impuesto de industria y comercio está consagrado en el artículo 207 del Decreto Ley 1333 de 1986 y con fundamento en tal norma pueden los municipios establecer la base gravable a cargo de las mencionadas corporaciones.

2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 212 del citado decreto, compete a la Superintendencia Bancaria obtener la información respecto de los rubros previstos en el artículo 207 ib. para realizar su reporte a los municipios y al Distrito Capital, para efectos del recaudo de impuestos.

3. A partir de 1992 entró en vigencia el sistema de "Ajustes Integrales por Inflación", en virtud del cual se pretende medir la utilidad o pérdida por exposición a la inflación, ordenándose ajustar los activos no monetarios (incluyendo los expresados en moneda extranjera) y el patrimonio.

Para efectos contables, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2912 de 1991, el ajuste a los activos en moneda extranjera (activos no monetarios) se debe registrar como un ingreso financiero, motivo por el cual, el ajuste a los activos en moneda extranjera no se registra en la cuenta de corrección monetaria Por el contrario, para los efectos del impuesto de renta y complementarios, el ajuste de los activos en moneda extranjera se registra en la cuenta de corrección monetaria.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 335 del Estatuto Tributario y, 10 y 18 del Decreto 2075 de 1992, los activos expresados en moneda extranjera son materia de ajuste, el cual se debe efectuar con base en la tasa de cambio de la respectiva moneda en la que esté expresado el activo.

4. Teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 330 del Estatuto Tributario y 1o. del Decreto 2075 de 1992, el sistema de ajustes integrales por inflación, en cuanto a los aspectos "fiscales" sólo tiene efecto en materia del impuesto sobre la renta y complementarios, toda vez que expresamente se indica que no surte efectos con respecto al impuesto de industria y comercio. Como consecuencia de lo anterior, el ajuste que se realice a los activos no monetarios y que se registra como ingreso, fundamentalmente en la cuenta de corrección monetaria, no debe ser tenido en cuenta para la determinación de la base gravable del impuesto de industria y comercio.

5. Los actos acusados vulneraron las normas anteriormente citadas y analizadas, al señalar que se debe incluir en la base de reporte de ingresos operacionales, para la conformación de la base gravable del impuesto de industria y comercio de las corporaciones financieras, el ingreso que corresponde al ajuste de cambios registrado en las cuentas 413505 (Posición Propia) y 413510 (Certificados de Cambio) del PUC (Plan Unico de Cuentas).

Tal violación surge porque en los actos impugnados se ordena incluir dentro de la base gravable el ingreso del ajuste de cambios producto de los ajustes por inflación.

6. Aunque la Superintendencia Bancaria reconoce que antes de la expedición del régimen de ajustes integrales por inflación la diferencia en cambio se llevaba al patrimonio y que en virtud del nuevo sistema se lleva al estado de resultados, concluye

que tal ingreso sí es parte de la base gravable, porque antes el ingreso del ajuste de cambios se incluía en el estado de pérdidas y ganancias "cuando se enajenaban las divisas", motivo por el cual, la modificación contable de registrarlo desde un principio, por causación, mantiene inalterado el hecho gravado. Al respecto señaló que la excepción consagrada en el artículo 1o. del Decreto 2075 de 1992 se refiere al ajuste por el PAAG que se llegue a efectuar sobre estos ingresos, excepción no aplicable en este caso, porque tales ingresos no se ajustan por el PAAG.

El ingreso que antes de los ajustes integrales por inflación se podría llegar a registrar en el concepto gravable con industria y comercio de "cambios (posición y certicambios)", correspondía al de "utilidad" en la venta de posición en moneda extranjera, determinada tal posición por la diferencia entre activos y pasivos en moneda extranjera. En tal evento, se necesitaba que hubiera una venta, y que la venta fuera de la posición, ésto es, del mayor valor de los activos sobre los pasivos en moneda extranjera. Si no había venta, el ajuste de cambios sobre la posición se registraba en el patrimonio.

Con el sistema de "ajustes integrales por inflación" surgieron dos modificaciones: se registra ingreso por causación y no hay que esperar la venta y, el ingreso que se registra por ajuste de cambios no es de la posición sino del activo en moneda extranjera. Tales modificaciones, a diferencia de lo expresado por la Superintendencia, no mantienen inalterada la base gravable porque, anticipan el momento de la gravación e incrementa sustancialmente y en cifra no despreciable la base gravable del impuesto.

7. De conformidad con lo anterior señala que la Superintendencia Bancaria al expedir los actos acusados, incluyó un concepto de ingreso en la base gravable a reportar, respecto del cual las normas citadas como vulneradas establecen que no puede ser tenido en cuenta para la determinación de la base mencionada.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

El apoderado de la actora solicitó la Suspensión Provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados, solicitud que fue negada por la Sala, mediante providencia de 30 de julio de 1993 (fls. 58 a 64), toda vez que no se encontró que la violación de las normas superiores fuera manifiesta ni que surgiera de la simple comparación de los actos acusados con las normas superiores citadas como violadas.

LA OPOSICION

El apoderado de la Superintendencia Bancaria se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que:

– En el aparte demandado del primer párrafo de la Circular Externa 007 de 12 de febrero de 1993 únicamente se mencionan las normas que le atribuyen la facultad de

cuantificar la base impositiva del impuesto de industria y comercio, cuyo monto será remitido a los respectivos municipios y a Santafé de Bogotá.

En la época en que se expidió el Decreto Ley 1333 de 1986 estaba vigente para asuntos contables la Circular Externa 57 de 1978 y por lo tanto, al expedirse el Plan Unico de Cuentas en 1988, era indispensable adecuar las cuentas que señalaba el Decreto Ley 1333, surgiendo así la necesidad de hacer conversiones. De acuerdo con lo anterior, resulta claro que el fundamento para expedir la Circular Externa 007 se concreta en las normas citadas en el punto 1, titulado "Información a Reportar".

En el evento de que las pretensiones de la demanda prosperaran, al anularse las expresiones demandadas se alteraría el texto de la norma, dando lugar a una disposición incoherente, sin significado y, surgiendo "una proposición jurídica incompleta". Al respecto citó y transcribió apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de febrero de 1990, sobre el tema.

– Frente a la pretensión de nulidad del punto 1.2. de la Circular Externa 007, indicó que en relación con los términos "Corporaciones Financieras" y "las Corporaciones Financieras" no puede prosperar la solicitud ya que, dentro de la facultad otorgada a la Superintendencia Bancaria por la Ley 14 de 1983, recogida por el Decreto 1333 de 1986, está la de informar el monto de la base gravable de las instituciones de crédito, dentro de las cuales se encuentran todas las corporaciones financieras sin exclusión alguna.

– Con respecto a los términos "... deberán reportar en Moneda Total (Moneda Legal + Moneda Extranjera) las siguientes cuentas...", advirtió que las normas anteriormente citadas establecen que para las corporaciones financieras se tendrán en cuenta para determinar la base del impuesto de industria y comercio los "ingresos operacionales", abarcando así los que sean en moneda nacional y en moneda extranjera, ya que todos éstos son "ingresos", sin que se pueda hacer diferenciaciones que el legislador no ha consagrado.

– En relación con las cuentas 413503, cuyo nombre en el Plan Unico de Cuentas es Ingresos – Operacionales – Cambios – Posición Propia y, 413510, cuyo nombre en el citado Plan es Ingresos – Operacionales – Cambios – Certificados de Cambio, contenidas en la Circular Externa 007, aclarada por la Carta Circular 018, es claro que se toma la misma cuenta para determinar la base gravable, lo que sucede es que las partidas (provenientes de la diferencia entre los activos en moneda extranjera y los pasivos en moneda extranjera) entran directamente a los ingresos en los rubros 413505 Posición Propia y 413510 Certificados de Cambio, a medida que se produce el ajuste en cambio por razón de la variación en la tasa de cambio. Por lo tanto, la modificación solo fue a nivel contable frente a las normas que rigen esta materia, ya que la Superintendencia Bancaria tiene que tomar las partidas actuales para establecer correctamente la base gravable. Al respecto indicó que el aceptar lo que pretende la

actora, conduciría a excluir de la base gravable establecida por el Decreto 1333 de 1986 dos conceptos claramente incluidos, por el simple hecho de anticiparse su contabilización, en virtud de la modificación de una norma puramente contable.

La Carta Circular por ello explica el punto al señalar que, antes la diferencia en cambio se llevaba al patrimonio y el ingreso derivado de ella se producía cuando se enajenaban efectivamente las divisas. La variación que se produjo consistió en que se cambió la regla contable de causación de este ingreso, determinándose que las variaciones en la tasa de cambio se reflejarán desde un principio en el estado de resultados.

No se trata en estricto rigor legal, técnico y contable de un ajuste por inflación, sino de la simple reexpresión de activos y pasivos denominados en moneda diferente al peso colombiano, ésto es, se están convirtiendo los distintos activos y pasivos en moneda extranjera a pesos colombianos (porque esta es la moneda que se debe utilizar para registrar y revelar de acuerdo con la técnica contable, los distintos rubros contables). Resulta tan cierta la no inclusión de los ajustes por inflación en la base gravable del impuesto de industria y comercio que la Circular Externa 007 excluye expresamente por esta razón las cuentas 410599, 411599 y 419599.

Concluyó señalando que los actos acusados no vulneran ninguna de las normas señaladas por la actora, ya que tan solo están sumando los rubros establecidos en la Ley 14 de 1983, hoy Decreto 1333 de 1986, para determinar el monto de la base gravable del impuesto de industria y comercio deduciéndole a su vez los ajustes integrales por inflación, los cuales no son tenidos en cuenta para determinar tal impuesto, de conformidad con lo establecido en los artículos 330 del E.T. y 1o. del Decreto 2075 de 1992.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la Superintendencia Bancaria reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda, haciendo énfasis en lo siguiente:

–La Superintenclencia Bancaria al expedir los actos acusados, mantuvo incólume el hecho generador y la base gravable del impuesto de industria y comercio, ya que se limitó a adecuar las cuentas contenidas en el Decreto 1333 de 1986 a la nueva realidad jurídico-contable y aclarar a las entidades financieras qué ingresos no formaban parte de esta base gravable por provenir de la aplicación del sistema de ajustes integrales por inflación.

–El artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 que contiene las cuentas que integran la base gravable del impuesto que se examina, mantiene plena aplicación, debido a que los ingresos en ellas registrados no tienen origen en el sistema de ajustes por inflación porque tal decreto existía con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema de ajustes integrales por inflación.

La entidad de vigilancia con la expedición de los actos acusados adecuó las cuentas que figuraban en el Decreto 1333 de 1986 a la nueva realidad contable, transformada con la expedición del Plan Unico de Cuentas "PUC". Tales cuentas resultan ser ingresos que existían antes de la implantación del sistema de ajustes integrales por inflación y que por tanto, no se hallan cobijadas por la exclusión que de los ingresos originados por tal sistema hace el Decreto 2075 de 1992.

Advirtió que aunque hubo un cambio en la regla contable de causación del ingreso en cambios (Posición Propia y Certificados de Cambio), ello no implica que se esté implantando a título de ingreso un concepto que anteriormente no lo era porque, en el antiguo sistema como en el nuevo, el ajuste en cambios era igualmente gravable, simplemente se está anticipando su contabilización en virtud de la modificación de una norma contable.

– Es notoria la diferencia existente entre el sistema de ajustes integrales por inflación y el ajuste en cambios, en donde el primero corresponde a la aplicación del índice de precios al consumidor (Porcentaje de Ajuste del Año Gravable), el cual se establece de manera anual y el segundo, en donde se aplica una tasa de cambio que fluctúa en el mercado en forma constante y se certifica por la Superintendencia Bancaria como la "tasa representativa del mercado cambiario". Los "ajustes integrales por inflación" registran el efecto que sobre los activos y pasivos no monetarios y por ende sobre los resultados y el patrimonio genera la exposición a la inflación (la pérdida del poder adquisitivo de la moneda), mientras que el "ajuste en cambio" recoge el efecto sobre activos, pasivos, resultados y patrimonio de la exposición a la devaluación o revaluación.

De acuerdo con lo anterior, el PAAG se predica respecto de activos y pasivos no monetarios en moneda legal colombiana, y la variación de la tasa de cambio (ajuste en cambio) se refiere a los activos expresados en moneda extranjera.

Con resperto a la técnica de la demanda, indicó que en el *sub-exámine* parece presentarse el fenómeno de la "proposición jurídica incompleta" ya que la actora al formular las pletensiones solicita sean declarados nulos algunos apartes de los actos demandados, los cuales, en el evento de que sean acogidas las súplicas de la demanda, dejarían sin sentido los restantes apartes del acto acusado.

– Finalmente afirmó que se debe tener en cuenta que la actora solicita que se excluyan del acto acusado las cuentas 413505 Posición Propia y 413510 Certificados de Cambio, dentro del punto 1.2 Corporaciones Financieras, pero tales cuentas seguirían subsistiendo en lo que respecta a bancos, instituciones oficiales especiales, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades fiduciarias y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías. Al respecto citó la sentencia del Consejo de Estado de 11 de junio de 1993, expediente 4610, en la que se indica que no es posible declarar la nulidad de un acto administrativo para unos efectos y para otros no.

El apoderado de la actora, dentro de esta oportunidad procesal reiteró lo expuexto en la demanda y alegó que:

– Con respecto a la "proposición jurídica incompleta", lo demandado de la Circular Externa 007 es en cuanto ordena incluir a las corporaciones financieras el ingreso de ajuste **de cambios por reexpresión de los activos en moneda extranjera,** razón por la cual, en cuanto tal circular ordena considerar otros factores de ingreso ninguna observación se hace en la demanda, concluyendo así que si prosperan las súplicas de la demanda lo que queda de la Circular mantiene sentido y armonía, ya que respecto de tales órdenes adicionales, no comprendidas en la demanda, ningún pronunciamiento adverso existiría.

– La base gravable para la determinación del impuesto de industria y comercio a cargo de las corporaciones financieras tiene que ser idéntica en valor, bien que para medir los ingresos operacionales a considerar se aplique la metodología anterior a los ajustes por inflación o que se aplique la vigente.Por lo tanto, si el monto resultante según se aplique una u otra tarifa resulta diferente, el exceso que se obtenga al seguir la metodología derivada de los ajustes por inflación no puede ser tomado en cuenta para la determinación de la base gravable y cualquier pretensión de hacerlo, resulta abiertamente contraria a las normas restrictivas invocadas.

– Con base en un ejemplo, señaló que no se entiende cómo la Superintendencia persiste en considerar que no hay alteración de la base gravable, ya que la alteración se presenta en el valor y en el tiempo.

– En el caso de las corporaciones financieras, el registro como ingreso de la reexpresión de los activos en moneda extranjera con fundamento en la tasa de cambio, es un efecto de los ajustes por inflación, razón por la cual, si ello conlleva un mayor valor de ingreso, es imposible de considerar en la base gravable.

– Antes del sistema de ajustes por inflación, las corporaciones financieras no registraban ingreso alguno por la reexpresión de los activos poseídos en moneda extranjera, ya que ellas sólo registraban el ingreso sobre la utilidad obtenida en la venta de la "posición".

El hecho de que en el ajuste de los activos y pasivos en moneda extranjera no se utilice el PAAG (Porcentaje de Ajuste del Año Gravable) sino que se tome en cuenta la tasa de cambio que incorpora un índice que incide realmente en la moneda extranjera como es la devaluación, no contradice ni impide el hecho de que tal ajuste forme parte del sistema integral por inflación porque el objetivo de este último se concreta en mantener constante y aproximado a la realidad el valor de los activos y pasivos antes referidos.

Finalmente alegó que si al aplicar el nuevo sistema se obtiene un mayor valor de ingresos contra el que se venía determinando con el esquema anterior, tal mayor valor no puede formar parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio.

Por su parte la **Procuradora Sexta Delegada** ante esta Corporación solicita que se acceda a las súplicas de la demanda en relación con la Carta Circular No. 018 de 3 de marzo de 1993, por contrariar claras disposiciones legales.

El impuesto de industria y comercio grava los ingresos efectivamente obtenidos por el contribuyente durante al año gravable respectivo y, como el ajuste por inflación produce ingresos aparentes, no reales, la ley tuvo cuidado de excluir de la base gravable para liquidarlo, el ingreso *ficto* que produce el ajuste por inflación.

Las expresiones contenidas en la Circular Externa No. 007 no contrarían las normas vigentes, en lo referente a los rubros 413505 y 413510 que coinciden con lo dispuesto en el numeral 2o. del literal a) del artículo 207 del decreto 1333 cle 1986, en cuanto esos rubros comprendan solamente las utilidades realizadas por las corporaciones financieras en operaciones reales de cambio, por posición propia o por certificados de cambio, pero "contrarían la ley, si en dichos rubros, se incluye el ajuste por inflación ordenado por la ley y liquidado con base en el valor de la cotización oficial de la respectiva moneda". (fl 144).

De acuerdo con lo anterior, los conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria en la Carta Circular No. 018, contrarían la ley porque consideran que la base gravable de impuesto de industria y comercio debe estar conformada por todos los ajustes de cambio que se registren en los rubros indicados en la Circular Externa 007 por operaciones efectivamente realizadas o por simple ajuste por inflación.

Tales consideraciones desconocen la ley y deben ser anuladas ya que el argumento expuesto, ésto es, que la corrección monetaria no se realiza a través del Porcentaje de Ajuste del Año Gravable, sino por la cotización de la moneda, el mencionado ajuste se sale del sistema estableciclo por la ley y no debe tenerse en cuenta para el cálculo de la base gravable del impuesto de industria y comercio

Lo anterior resulta contrario a la realidad jurídica, ya que la misma ley que adoptó el sistema de ajustes por inflación, previó que tal ajuste, en el caso de inversiones en moneda extranjera, debía realizarse no por el Porcentaje de Ajuste del Año Gravable, sino por la diferencia de cambio en la fecha correspondiente.

Concluyó señalando que las expresiones de la Circular Externa 007 se hallan ajustadas a la ley siempre y cuando los rubros 413505 y 413510 contengan solamente la utilidad en cambio liquidada por operaciones efectivamente realizadas durante el año fiscal, sin incluir las operaciones de ajustes por cambio como medida contable para actualizar el patrimonio de la institución.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental de la demanda no es otro que el determinar si efectivamente la Superintendencia Bancaria al expedir la Circular 07 del 18 febrero de 1993

mediante la cual determinó con base en el Plan Unico de Cuentas –PUC– los códigos de ingresos operacionales que conforman la base gravable del impuesto de industria y comercio de las entidades del sector financiero, al utilizar las expresiones acusadas la modificó para incrementarla, incurriendo en violación del ordenamiento superior, que deba observar, contenido en los artículos 207 y 212 del Decreto-Ley 1333 de 1986, 330 del Estatuto Tributario; 12 y 26 del Decreto Reglamentario 2912 de 1991 y 1o. inciso final del Decreto Reglamentario 2075 de 1992.

Y si así mismo incurrió en similar transgresión al expedir la Carta Circular No. 018 de marzo 3 de 1993, numeral 2o. por la cual se precisan las consideraciones que inspiran la Circular Externa 07 de 1993.

Es importante precisar que:

1. Aun cuando con posterioridad a la presentación de la demanda la Superintendencia Bancaria expidió la Circular 068 del 20 de octubre de 1993, para modificar la Circular Externa 07 de 1993 y la Circular 037 de junio 11 de 1993, que a su vez modificó la primera en lo concerniente a la información de las sociedades de arrendamiento financiero, para efectos del impuesto de industria y comercio, subnumeral 1.7, no modificó el aspecto relacionado con los reportes que para el mismo efecto impositivo debían presentar las Corporaciones Financieras, exigido en el acápite 1.2 de la Circular Externa 07 de 1993.

2. La utilización para efectos contables del Plan Unico de Cuentas –PUC–, así como las normas reglamentarias sobre la contabilidad mercantil no pueden modificar las leyes que determinan los elementos de la obligación tributaria y menos aún modificar la base gravable o imponible, y por ello la legislación aplicable al caso de autos y concretamente, el artículo 96 del Decreto Reglamentario 2160 de 1986, expedido por el Presidente de la República con fundamento en los artículos 50 y 2035 del Código de Comercio establecía que:

> **"Especialidad de normas fiscales**
>
> "Las normas aquí previstas se aplicarán, en todo caso, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas tributarias y sus reglamentos".
>
> "Para fines fiscales, cuando se presenta incompatibilidad entre las presentes disposiciones y las de carácter tributario, preferirán estas últimas".

Así mismo el Decreto Reglamentario 1798 de agosto 6 de 1990, mediante el cual se dictaron normas sobre libros de comercio, y especialmente la obligación de ajustar la contabilidad al Plan Unico de Cuentas –PUC– (artículos 18 y 34), precisaba en su artículo 35 como una consecuencia de la jerarquización de las normas en el sistema jurídico colombiano que:

"Artículo 35. Prevalencia de Normas Especiales. Las normas aquí previstas se aplicarán, en todo caso, sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales.

"Para los fines fiscales, cuando se presente incompatibilidad entre las presentes disposiciones y las de carácter tributario, preferirán estas últimas".

Adicionalmente el Decreto 2912 de diciembre 30 de 1991 precisa en sus artículos 1o. y 2o. la aplicación y objetivo del sistema de ajustes integrales por inflación, "para efectos contables", de conformidad con los artículos 1o. y 2o. del Decreto Extraordinario 2687 de 1988, que:

"Artículo 1o. Aplicación y objetivo del sistema de ajustes integrales por inflación para efectos contables.

"A partir del 1o. de enero de 1992, el sistema de ajustes integrales por inflación **será aplicado para efectos contables,** de conformidad con lo previsto en las normas legales vigentes y en el presente Decreto.

"El sistema de ajustes por **inflación para efectos contables,** se basa y aplica sobre las cifras y valores que deban figurar en la contabilidad de acuerdo con la técnica contable; pero no habrá lugar a la expresión inicial de las partidas por el efecto de la inflación ocurrida hasta el 31 de diciembre de 1991".

"Artículo 2o. Efectos contables.

"El sistema de ajustes integrales por inflación produce efectos para la determinación del valor de los activos, los pasivos, el patrimonio, los resultados y las cuentas de orden, de las personas, sociedades o entidades sujetas al mismo" (Destaca la Sala)

De allí que el artículo 330 del Estatuto Tributario al codificar la norma legal señalara:

"Efectos contables y fiscales del sistema de ajustes integrales.

"El sistema de ajustes integrales por inflación a que se refiere el presente título produce efectos para determinar el impuesto de renta y complementarios y el patrimonio de los contribuyentes. **Este sistema no será tenido en cuenta para la determinación del impuesto de industria y comercio ni de los demás impuestos o contribuciones.**

"Para efectos de la contabilidad comercial, también se utilizará a partir de 1992 el sistema de ajustes integrales por inflación, **de acuerdo con lo previsto en este Título**" (Destaca la Sala)

En consecuencia, por disposición expresa del legislador en manera alguna el sistema de ajustes integrales por inflación puede tener efectos para el impuesto de industria y comercio ni demás impuestos o contribuciones de cualquier naturaleza, por lo que tampoco las modificaciones al Plan Unico de Cuentas, introducidas con posterioridad pueden tener dicha incidencia, porque el sistema de ajustes integrales por inflación a utilizar en materia contable debe ceñirse a lo previsto en el mismo título.

Hechas las anteriores precisiones estudia la Sala los cargos de violación formulados en la demanda:

1. **Violación de los artículos 207 y 212 del Decreto Extraordinario 1333 de 1986.**

Dichas normas textualmente disponen:

"Artículo 207. La base impositiva para la cuantificación del impuesto regulado en el artículo anterior **se establecerá por los Concejos Municipales o por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá,** de la siguiente manera:

"..."

"2. Para las corporaciones financieras, los ingresos operacionales anuales representados en los siguientes rubros:

"A. Cambios.
posición y certificados de cambio.
"B. Comisiones.
de operaciones en moneda nacional.
de operaciones en moneda extranjera.
"C. Intereses
de operaciones en moneda nacional.
de operaciones en moneda extranjera.
de operaciones con entidades públicas.
"D. Ingresos varios".

"...

"Artículo 212. La Superintendencia Bancaria **informará** a cada Municipio y al Distrito Especial de Bogotá, dentro de los cuatro (4) primeros meses de cada año, el monto de la base descrita en el artículo 207 de este Decreto, para efectos de su recaudo" (Destaca la Sala)

Por su parte, uno de los actos demandados la Circular 07 de 1993, acápite 1.2 exige el reporte en moneda total así:

"1. INFORMACION A REPORTAR

"De conformidad con lo establecido en los artículos 42 y 46 de la Ley 14 de 1983 y en los artículos 207 y 212 del Decreto 1333 de 1986, los destinatarios de la presente circular deberán remitir a la Superintendencia Bancaria –División de Estadística– para cada municipio donde se tengan oficinas abiertas al público (incluyendo aquellos municipios en los cuales los Concejos Municipales hayan establecido exenciones para el pago del impuesto), el número de oficinas que tiene la entidad en ese municipio y el valor acumulado, para el año correspondiente, de las cuentas que a continuación se relacionan...".

"1.2 CORPORACIONES FINANCIERAS

Las Corporaciones Financieras deberán reportar en Moneda Total (Moneda Legal + Moneda Extranjera) las siguientes cuentas:

Código	**Descripción**
4105	Intereses
4115	Comisiones y/o Honorarios
413505	Posición Propia
413510	Certificado de Cambio
4195	Diversos
410599	Ajuste por Inflación
411599	Ajuste por Inflación
419599	Ajuste por Inflación

"Con los valores reportados para cada una de las cuentas anteriores, para cada municipio la Superintendencia Bancaria calculará la base gravable de la siguiente manera:

"Base Gravable = 4105 + 4115 + 413505 + 413510 + 4195 – (410599 + 411599 + 419599)".

En principio podría considerarse que los rubros objeto de reporte exigidos en la Circular son similares a los previstos por el artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 (art. 42 Ley 14 de 1983), sino fuera porque en dicha Circular se establecen los códigos en cuestión, referidos al Plan Unico de Cuentas; y según la Circular Externa 028 de 1992 que señala las modificaciones a dicho Plan para el sistema financiero, los códigos

413505 posición propia y 413510 certificados de cambio (pág. 31 c. de pruebas No. 3, pág. 272 del documento), se describen así:

> "Registra la utilidad obtenida por la entidad en la venta y **el ajuste de cambios de divisas** certificados de cambio de títulos canjeables por certificados de cambio y de otros títulos representativos de divisas" (Se destaca).

Introduce así un nuevo concepto (el ajuste de cambios), a la base gravable del impuesto de industria y comercio no contemplado en las normas superiores porque efectivamente antes de la vigencia de los ajustes integrales por inflación (1o. de enero de 1992) y como consecuencia de lo previsto en el Estatuto Tributario, artículo 269, el incremento del valor en pesos de los bienes y créditos en monedas extranjeras, estimado en moneda nacional en el último día del año o período gravable de acuerdo con la tasa oficial de cambios afectaba la cuenta patrimonio y sólo a partir del 1o. de enero de 1992, fecha de aplicación de los ajustes por inflación de que trata el título V del libro primero del Estatuto Tributario, el ajuste de los activos expresados en moneda extranjera, en UPAC o con pacto de reajuste, que deben reexpresarse a la tasa de cambio, deben llevarse como un crédito (ingreso) a la cuenta de corrección monetaria e incrementar por el mismo valor el activo (art. 332 Estatuto Tributario), ajuste que, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 4o. y 5o. del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, puede aplicarse en forma anual o mensual.

En consecuencia el ajuste al crédito (ingreso) de la cuenta de corrección monetaria, por reexpresión de los bienes representados en divisas afecta el ingreso bruto de los contribuyentes y por lo tanto no debe tenerse en cuenta para efectos del impuesto de industria y comercio conforme con lo ordenado por la ley.

Tan evidente es el cambio con la aplicación de los ajustes por inflación que la propia Superintendencia Bancaria en la Circular Externa 057 de 1990 vigente antes de la fecha de aplicación de los ajustes por inflación (c. de pruebas No. 2, fl. 114) al expedir las instrucciones sobre la aplicación dinámica del Plan Unico de Cuentas –PUC–, adoptado por ella a través de la Resolución 3600 de octubre 14 de 1988, no los considera ingreso. En efecto señala al describir el Código 4135, Grupo 41, Clase 4 Ingresos Operacionales, Cuenta Cambios:

> "DESCRIPCION
>
> "Registra la utilidad obtenida por la entidad en la venta de divisas, de títulos canjeables por Certificados de Cambio y de otros títulos representativos de divisas, así como la utilidad resultante de las operaciones de compra y venta de Certificados de Cambio, calculada en la forma y términos establecidos por la Superintendencia Bancaria.

"SUBCUENTAS

413505	Posición Propia
413510	Certificados de Cambio
413515	Títulos Canjeables por Certificados de Cambio
413595	Otros Conceptos

"DINAMICA

CREDITOS	DEBITOS
1. Por la utilidad obtenida en las divisas efectivamente del ejercicio.	1. Por la cancelación de saldos al cierre del ejercicio.
2. Por la utilidad obtenida en operaciones de compra y venta de Certificados de Cambio, Títulos Canjeables por Certificados de Cambio y otros títulos representativos de divisas...".	

Mientras que **el ajuste en cambios,** lo expresa en la cuenta Clase 3 Patrimonio, Grupo 34 **Superávit,** Código 3420, "Cuenta Ajuste de Cambios", así:

"DESCRIPCION

"Registra la diferencia entre el valor de adquisic:ión de las divisas y de títulos representativos de divisas y el valor ajustado para el cierre del mes.

"Los reg:istros contables correspondientes al ajuste de cambios deben ser reversados el primer día hábil siguiente al cierre del mes.

"SUBCUENTAS

342005	Posición Propia
342010	Inversiones en el Exterior
342015	Certificados de Cambio
342020	Títulos Canjeables por Certificados de Cambio
342025	Aportes en Sucursales Extranjeras
342030	Divisas (Res. 24/68)
342095	Otros Conceptos

"DINAMICA

CREDITOS	DEBITOS
1. Por el ajuste positivo de las posiciones de acuerdo con el tipo de cambio establecido para el cierre del mes.	1. Por el ajuste negativo de las posiciones de acuerdo con el tipo de cambio establecido para el cierre del mes.
2. Por la reversión del registro contable el primer día hábil siguiente al cierre del mes.	2. Por la reversión del registro contable el primer día hábil siguiente al cierre del mes".

Si bien la modificación de la descripción de los códigos 413505 y 413510, del Plan Unico de Cuentas –PUC–, que se hace en la Circular Externa 028 de 1992, se ajusta a los preceptuado en el parágrafo del artículo 10 del Decreto 2075 de 1992, la**variación** proveniente del ajuste de los activos representaclos en divisas, cuentas por cobrar, títulos, derechos, depósitos, inversiones y demás activos expresados en moneda extranjera, no puede tener el efecto para el impuesto de Industria y Comercio, que pretendió darle la Superintendencia Bancaria en la Circular 007 de 1993 de manera evidente, cuando expresa que:

> "Con la expedición de la Circular Externa No. 028 de 1992 (Modificatoria del Plan de Cuentas para el Sistema Financiero) y atendiendo inquietudes formuladas por algunas entidades, se hace **necesario actualizar la base gravable para el cálculo del impuesto de industria y comercio de que tratan la Ley 14 de 1983 y el decreto 1333 de 1986 , conforme al Decreto 2075 de 1992, relacionado con el sistema de ajustes integrales por inflación.** Por lo tanto, a continuación se imparten instrucciones sobre la información que para tales efectos deben remitir las entidades vigiladas a esta Superintendencia" (Destaca la Sala).

Lo mismo puede afirmarse respecto del punto 2o. de la Carta Circular 018 de 1993, transcrita inicialmente.

Cuestión diferente es el ingreso proveniente de la enajenación efectiva de divisas, que como tal, forma parte de la base del impuesto de industria y comercio conforme lo indican los artículos 107 del Decreto 1333 de 1986 y 42 de la Ley 14 de 1983.

Si bien es cierto que, como lo afirma la Superintendencia Bancaria, el ajuste de los bienes expresados en moneda extranjera no se efectúa por el Porcentaje de Ajuste del Año Gravable, PAAG, equivalente a la variación porcentual de Indice de Precios al Consumidor para empleados elaborado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE–, que se haya registrado entre el 1o. de diciembre del año

anterior al gravable y el 30 de noviembre del año gravable, sino a la tasa de cambio, tal expresión sí corresponde al ajuste por inflación real que se hace con base a la devaluación del peso frente a las divisas, como puede deducirse del artículo 335 del Estatuto Tributario, ubicado en el Capítulo II del mismo Título V, Libro 1o. correspondiente al ajuste integral por inflación.

Es tan evidente que el ingreso por diferencia en cambio que se realiza por los ajustes por inflación de los activos representados en divisas a la tasa de cambio, que se incluye en los códigos 413505 y 413510 afecta la determinación de la base gravable en el impuesto de industria y comercio señalada en la Circular 007 de 1993 punto 2.3, que la propia Superintendencia Bancaria en la Carta Circular No. 18 de 1993, pretende darle justificación al estimar en su numeral 2o. parágrafo 2o. que:

> "Antes de la expedición del régimen de ajustes integrales por inflación la diferencia en cambio se llevaba al patrimonio y el ingreso derivado de ella se producía cuando se enajenaban efectivamente las divisas. La modificación que se produjo consistió en que se cambió la regla contable de causación de este ingreso, determinándose que las variaciones en la tasa de cambio se reflejarán desde un principio en el estado de resultados".

No queda duda entonces que sí se incrementa la base gravable del impuesto de industria y comercio por efectos de los ajustes a tales bienes, que es distinto del ajuste en las cuentas de resultado que para los ingresos establece a partir del año gravable de 1994, para efectos del impuesto de renta y complementarios exclusivamente, el artículo 348-1 del Estatuto Tributario.

Dicho incremento en la base gravable, es claro si se tiene en cuenta que para efectos del impuesto de industria y comercio ésta se calcula sobre el ingreso bruto, sin descontar los egresos que por efectos de ajustes en los pasivos, costos y gastos, pudiesen afectar las cuentas de resultado del contribuyente, que sí se toman en consideración para determinar la utilidad o pérdida por efectos de la inflación en el impuesto sobre la renta.

En consecuencia cuando la Circular 007 del 18 de febrero de 1993, expedida por la Superintendencia Bancaria determina los códigos de los ingresos operacionales que integran la base gravable del impuesto de industria y comercio de las entidades del sector financiero, incluyendo en la "posición propia" (código 413505) y "certificado de cambio" (código 413510) el ajuste por cambios, viola el artículo 207 numeral 2o. literal a) del Decreto 1333 de 1986, que no los contempla, porque si bien descuenta el ajuste por inflación señalado en los códigos 410599 (intereses), 411599 (comisiones honorarios) y 419599 (otros), estos se refieren al ajuste por inflación de la cuenta de resultado (ingresos) que como se indicó es diferente del ajuste por inflación, que con base en la tasa de cambio se aplica para bienes representados en monedas diferentes al peso colombiano, que se lleva como ingreso a la cuenta de corrección monetaria,

como mayor valor del activo y ante tal circunstancia la disposición demandada debe ser retirada del ordenamiento jurídico, al igual que debe anularse el numeral 2o. de la Carta Circular 018 de marzo 3 de 1993, la cual, al exponer "las consideraciones que inspiran la Circular Externa 007 de 1993", y aunque pudiera considerarse como puramente interpretativa, señala de manera imperativa que el ingreso por el ajuste en cambios incluido en los códigos 413505 y 413510 del Plan Unico de Cuentas –PUC, forma parte de la base gravable.

2. Violación de los artículos 330 del Estatuto Tributario; 12 y 26 del Decreto Reglamentario 2912 de 1991 y 1o. del Decreto 2075 de 1992-

Como quedó analizado, cuando la Circular 07 de 1993, tal como lo explica la Carta Circular 018 del mismo año toma como ingreso para efectos de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio el valor causado del ajuste por inflación de los activos patrimoniales en moneda extranjera, por diferencia de cambio, contraría lo dispuesto en el artículo 330 del Estatuto Tributario que radicalmente preceptúa que "este sistema no será tenido en cuenta para la determinación del impuesto de industria y comercio ni de los demás impuestos y contribuciones", precepto que reitera el último inciso del artículo 1o. del Decreto 2075 de 1992, que también resulta violado, así como los artículos 12 y 26 del Decreto 2912 de 1991, el cual reglamenta lo concerniente a los ajustes integrales por inflación, al darles aplicación para efecto del impuesto de industria y comercio en contradicción con lo expresado en la ley.

Estima la Sala conveniente aclarar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 la base impositiva para la cuantificación del impuesto de industria y comercio del sector financiero debe establecerse por **los Concejos Municipales** de la forma como expresamente se indica en el artículo citado y no de otra manera, ya que la atribución de la Superintendencia Bancaria conforme lo indica el artículo 212 del Código de Régimen Municipal es meramente informativa, sin que en ninguna manera pueda desconocer lo previsto en el artículo 207 *ibídem.*

3. En relación con las consideraciones que formula la demandada acerca de la falta de técnica de la demanda y de la consecuente limitación de la jurisdicción Contenciosa para proferir un fallo que contenga una proposición jurídica completa, en razón al carácter rogado de la justicia contenciosa, la Sala considera que la demanda es clara y precisa en cuanto a sus pretensiones y no encuentra razón alguna para cuestionar su técnica, ya que de manera concreta se refiere a que el componente por concepto de los ajustes por inflación, que integran los códigos demandados, no debe quedar incluido en ellos para efectos de determinar la base gravable en el impuesto de industria y comercio, de acuerdo con lo previsto en las normas invocadas en la demanda.

Y no resulta válida la jurisprudencia, citada por la demandada, en relación con la proporción jurídica incompleta, toda vez que ésta se refiere a su aplicación en una

demanda en que se solicitó la inexequibilidad parcial de los artículos 1o. y 2o. del Decreto Ley 597 de 1988 solo en lo relativo a frases sin concreción, por lo que la Corte debió declararse inhibida, mientras que en esta oportunidad es claro el efecto que se persigue al pedir la nulidad de los apartes de los actos administrativos señalados en la demanda, en cuanto se refieren como se indicó a los ajustes por inflación.

En este orden de ideas la Sala estima, que los apartes de los actos administrativos acusados deben anularse en cuanto para cuantificar la base gravable del impuesto de industria y comercio incluyen códigos que comprenden rubros o conceptos contables que implican un ingreso por concepto de ajuste integral por inflación, no aplicable para el Impuesto de Industria y Comercio de conformidad con el ordenamiento jurídico superior.

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. ANULANSE los códigos 413505 y 413510 incluidos en la oración: "Con los valores reportados para cada una de las cuentas anteriores, para cada municipio la Superintendencia Bancaria calculará la base gravable de la siguiente manera: Base Gravable = 4105 + 4115 + **413505** + **413510** + 4195 – (410599 + 411599 + 419599)", contenida en el último párrafo de la Circular Externa 007 numeral 1 punto 1.2, expedida el 12 de febrero de 1993 por la Superintendencia Bancaria.

2. ANULASE en su totalidad el numeral 2o. de la Carta Circular No. 18 expedida el 3 de marzo de 1993 por la Superintendencia Bancaria.

3. DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, ARCHIVESE. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada 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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

PERIODO IMPRODUCTIVO/RENTA PRESUNTIVA–Reducción/**INGRESO NETO**

La sola circunstancia de que una empresa, en supuesto período improductivo, acuse ingresos netos provenientes de una amplia variedad de conceptos, incluso por importe mayor de los percibidos en ejercicios no afectados, niega ostensiblemente el supuesto de la improductividad, independientemente de que se dieran o no, las fases de "prospectación, instalación, montaje y puesta en marcha". En el caso, por virtud de lo dispuesto por el inciso 4o. del art. 15 de la Ley 9a. de 1983, la contribuyente se obligaba a probar, no solamente los hechos de la vinculación del patrimonio líquido y de los ingresos netos a empresa en período improductivo, sino "la proporción en que (tales hechos) influyeron en la determinación de una renta líquida inferior". Aun en circunstancia de tenerse por suficientemente probado el "período improductivo" alegado, lo cierto es que no demostró la incidencia negativa que el mismo hubiera tenido en su rentabilidad mínima presunta; contrariamente las propias cifras de su estado de renta y gasto, entre otros temas, acreditan que las alegadas etapas, si es que alguna vez las hubo, no afectaron en absoluto el desarrollo normal de las actividades propias de su objeto social, ni menos la productividad.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5181. Apelación sentencia de 6 de septiembre de 1993 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuesto sobre la renta del período impositivo de 1985. Actor: Películas Extruídas, S.A. Fallo.

PELICULAS EXTRUIDAS, S. A., la actora, mediante apoderado, apela de la sentencia de primer grado, de 6 de septiembre de 1993, desestimatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de restablecimiento referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1985, promovido contra la liquidación de revisión No. 00260 de 28 de julio de 1988 y la resolución No. 0058 de 4 de agosto de 1989, expedidas por las Unidades de Liquidación y Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento, la liquidación impugnada determinó la renta por presunción sobre ingresos netos, "por cuanto no se cumplió con las exigencias establecidas en el artículo 50 de la Ley 55 de 1985"; la actuación fue confirmada en la vía gubernativa, al no aceptar el argumento de existir ingresos vinculados a empresa en período improductivo, por falta de prueba del hecho.

LA DEMANDA

Indica violados los artículos 15, inciso 4o., de la Ley 9a. de 1983, 3o., numeral 4o., 7o., 8o., 10 y 11 del Decreto 353 de 1984, 50 de la Ley 55 de 1985 y 32 de la Ley 52 de 1977, en cuanto, de los ingresos netos del período, no se restaron "los realizados en actividades vinculadas a empresas en período improductivo que ascendieron a la suma de $487.915.037, descuento que es procedente (...), porque durante todo el año gravable de 1985 el patrimonio (de la sociedad) estuvo vinculado a una empresa en período improductivo...", hecho que se habría acreditado con la declaración del período y el recurso de reconsideración, pero que la Administración desconoció, pretextando, en la liquidación oficial, el incumplimiento del artículo 50 de la Ley 55 de 1985 y, en la resolución del recurso, la imposibilidad de que la empresa se hallara en período improductivo, por no tratarse de industria nueva; y que, dada la prueba documental anexa a la declaración, cuya relación se hace, sobre que, durante el período, el patrimonio se hallaba vinculado a una empresa en período improductivo, "con excepción de la inversión neta en acciones de sociedades anónimas", el recurso gubernativo se había limitado a la demostración de que el artículo 50 de la Ley 55 de 1985 no era aplicable al caso, por estar referido el mismo al evento de la actividad económica afectada "por disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios", acompañándose, por entonces, un certificado del revisor fiscal de la sociedad, complementario de los anexos de la declaración.

Agrega, que el hecho de no haberse respondido el requerimiento especial, no variaba la naturaleza de los ingresos y el patrimonio excluibles; ni las actividades

descritas en el objeto social de la compañía, le impedían vincular todo su patrimonio a una nueva empresa prevista en tal objeto, así como el solo requerimiento no desvirtuaba los hechos ya acreditados en el expediente, ésto es, "que (del) patrimonio de $74.913.479 en diciembre 31 de 1984, estaba vinculado (sic) a empresas en período improductivo la suma de $74.627.767, y patrimonio representado en acciones (...), la suma de $285.712...".

Igualmente, que dado que la actividad a la que se había vinculado el patrimonio, era industrial y no comercial o de servicios, fácilmente se podría deducir que ingresos distintos de dividendos, solo se generaban por el patrimonio vinculado a empresas en período improductivo ("instalación, montaje y puesta en marcha de una planta para procesar películas coextruídas de polipropileno y otras resinas"), aspecto en el que la resolución del recurso, para desvirtuar el certificado del revisor fiscal, ya que la declaración mostraba ingresos por arrendamientos, ventas, dividendos y otros, cuando en dicho certificado se había expresado, haber vendido la sociedad, en febrero de 1984, "todos los equipos de la antigua línea de papel, por lo cual su objeto quedó limitado a la instalación y montaje de la planta a que se ha hecho mención anteriormente"; y también, que el 30 de junio de 1985 había concluido la etapa de "construcción, instalación y montaje", iniciada en enero de 1982, "o en el peor de los casos, el 13 de mayo de 1983, fecha de nacionalización del primer embarque de la maquinaria para el proyecto, por lo cual, el período de 'ensayos y puesta en marcha' comenzó en julio de 1985, con una duración igual a la etapa de 'construcción, instalación y montaje' con un máximo de 24 meses, según lo dispone el artículo 11 del decreto 353 de 1984...".

Seguidamente, la demanda presenta un cuadro de "patrimonios netos y clase de inversión" y de "origen de los ingresos realizados durante el año de 1985", entre estos ultimos, los provenientes de "la venta de materiales utilizados en el montaje (sobrantes), materias primas procesadas imperfectamente, retales sobrantes, tanto de montaje como de los procesos imperfectos, materias primas contaminadas y productos de línea", por $488.995.843; los demás ingresos relacionados, figuran como "arrendamientos" ($5.100.000), "dividendos" ($1.470.000) y "relacionados en el renglón 175" ("fletes ventas FOB", "comisiones", "intereses", "descuentos en compras", $4.415.993).

De la resolución del recurso destaca, finalmente, que se hubiera confundido "sociedad" con "empresa" (afirmando que la empresa no era "nueva", pues se había constituido en 1972, cuando la constituida en tal fecha había sido la sociedad) en contradicción de los artículos 25, 98 y 515 del Código de Comercio, sobre la noción de empresa y del contrato de sociedad, debiendo entenderse que a tal concepto de empresa era al que se referían el artículo 15 de la Ley 9a. de 1983 y sus reglamentos.

LA SENTENCIA

Advierte, que la partida, cuya exclusión de la base de cálculo de la renta presuntiva se pretende, figuraba en el renglón 114 de la declaración del ejercicio, "otros ingresos

netos afectados por control de precios o disposiciones administrativas", lo que justificaría que tanto en el requerimiento, no respondido, como en la liquidación, se recalcara el incumplimiento del requisito del artículo 50 de la ley 55 de 1985, pues, era de esperarse que, para obtener la exclusión de ingresos declarados como sometidos a control de precios, se obtuviera del Ministro de Hacienda la autorización respectiva, conforme a dicha norma, encontrando, pues, correcta la actuación de la Administración en el punto.

Igualmente, que la prueba anexa a la declaración, no aportaba convicción suficiente sobre que los ingresos en cuestión provinieran de actividades de empresas en período improductivo, pues, (a) el memorando de la Unidad de Producción a Gerencia y Contabilidad, se limita a dar cuenta de que el 2 de julio de 1984 concluyó "la etapa de montaje y ensayo de polietileno de baja densidad" y de "la pérdida de algún material por contaminación de limaduras y otros factores"; (b) el comprobante de diario, "contentivo de una relación de elementos señalados como Prop. Planta y Equipo, Edificios, Maquinaria y Equipo, Equipo de Oficina, Vehículos o Instalación y Montaje", se destina a "registrar la capitalización del proyecto de películas plásticas coextruídas, por traslado de instalación y montaje", demostrando solo, "un traslado o registro de valores patrimoniales en la contabilidad", mas no que los ingresos por $487.915.037 se originaran en empresa en período improductivo; (c) el acta No. 18 de la junta ordinaria de socios, se reduce, en su nota 2 a los estados financieros, a hacer constar, "que en junio de 1985 se ajustó alineación y montaje de la línea para la producción de películas plásticas coextruídas y el 1o. de junio se hizo el traslado de capitalización contable de costos y gastos acumulados en la etapa de prospectación y montaje".

Concede, en cambio, razón a la parte opositora, en cuanto a que "el contribuyente (sic) ha pretendido modificar los conceptos de la declaración de renta en forma extemporánea, lo cual no puede aceptarse, en razón del término otorgado para ello por el artículo 71 de la ley 9a. de 1983, que se hallaba precluido cuando se interpuso el recurso de reconsideración y se pretendió en el mismo modificar el denuncio rentístico...".

Con fundamento en lo anterior, negó las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

La parte actora al apelar, afirma, en relación con el hecho de figurar los ingresos presuntamente excluibles en el renglón 114 de la declaración del período ("otros ingresos netos afectados por control de precios o disposiciones administrativas"), que no había otro renglón específico de ingresos provenientes de actividades de empresas en período improductivo, pues los demás disponibles para registrar "ingresos excluidos", el 111, el 112 y el 113, correspondían, respectivamente, a dividendos, participaciones y primas, sin embargo de la cual la declaración contenía varios anexos en los que se establecía, "con toda claridad, que la exclusión de los ingresos obedecía a que la

empresa se hallaba en período improductivo", no pudiendo sostenerse, como en la sentencia, que la declarante hubiera pretendido modificar, extemporáneamente, los datos de su denuncio.

Y, respecto de la desestimación, por la sentencia, de la prueba documental aducida, considera inadmisible el argumento de la insuficiencia de la misma, más obrando también certificaciones del revisor fiscal de la sociedad, acompañadas de documentos contables, cuyo valor probatorio, a términos del artículo 777 del Estatuto Tributario, resultaría indiscutible.

ALEGATO DE LA PROCURADURIA

La Procuradora Sexta Delegada considera que las decisiones, tanto de la Administración como del Tribunal, no podían ser otras, pues aquélla se había basado en los guarismos de una declaración tributaria amparada en la presunción de veracidad del artículo 33 de la ley 52 de 1977, además, constitutiva de confesión indivisible, de modo que encontrándose registrada la suma de $487.215.037, como ingresos afectados por control de precios, su exclusión debía consultar los requisitos del artículo 50 de la ley 55 de 1985, para obtener el beneficio del artículo 15 de la ley 9a. de 1983, no pudiendo pretenderse que fuera a la Administración a la que incumbiera deducir, de la documentación anexa, el concepto en el que quería ampararse la contribuyente.

Tampoco las consideraciones de la apelante, sobre la necesidad de registrar en el renglón 114 los ingresos excluibles, por deficiencias del formulario, justificaban la no utilización de otros medios para mostrar la cifra, como los propios anexos.

De otro lado, el invocado artículo 777 del Estatuto Tributario, no es tan amplio como para permitir que, con la certificación de revisor fiscal, se comprueben hechos administrativos, teniendo en cuenta que tal certificación debe reflejar exclusivamente los movimientos contables constatados por el revisor.

ALEGATO DE LA PARTE DEMANDADA

Se opone a la prosperidad del recurso de apelación interpuesto, en síntesis, por lo siguiente:

Del análisis de las pruebas aportadas, concluyó la División de Recursos que, por el objeto social desarrollado por la sociedad y los hechos establecidos, se trataba de un cambio de activos fijos antiguos por nuevos, que no correspondía a las denominadas etapas de prospectación, instalación, montaje y puesta en marcha, no siendo procedente hablar de período improductivo.

De modo similar, la sentencia encuentra que la documentación allegada, no demuestra la alegada vinculación del patrimonio, ya que, efectivamente, no se trataba

de que éste se hallara improductivo, sino del desarrollo de una actividad renovadora del objeto social dentro del cual no se podía hablar de las etapas dichas, fuera de que la reducción de la presunción legal, operaría proporcionalmente sobre la parte del patrimonio líquido vinculado, pero tal proporción no ha sido probada en el proceso.

LA SALA CONSIDERA

En principio, la sola circunstancia de que una empresa, en supuesto período improductivo, acuse ingresos netos provenientes de una amplia variedad de conceptos, incluso por importe mayor de los percibidos en ejercicios no afectados, niega ostensiblemente el supuesto de la improductividad, independientemente de que se dieran, o no, las fases de "prospectación, instalación, montaje y puesta en marcha" a que alude la demanda.

Es que la improductividad, como fenómeno excluyente de la presunción de renta mínima, debe entenderse en el sentido obvio que fluye de la expresión misma y en el que le es natural al contexto de los preceptos legales que la rigen, de la ausencia total de ingresos. Esto explica por qué el formulario de declaración, que el señor apoderado de la apelante dice "defectuoso", no traía un renglón destinado a registrar los ingresos de las empresas en período improductivo.

Las normas reglamentarias, concretamente, las del decreto 353 de 1984, tenían previsto el contrasentido de la "productividad" de las empresas en período improductivo; pero, al tiempo que autorizaban a restar de la base de cálculo de la presunción sobre ingresos netos, los producidos en actividades vinculadas a tales empresas, disponían su adición a la renta presuntiva determinada, lo que, obviamente, debía contrarrestar el efecto de la sustracción previa, y respecto de lo cual, el hecho de que los ingresos en cuestión, según el artículo 4o., numeral 3o., letra a), ib., se sumaran, "previamente afectados todos ellos con los costos y deducciones imputables a dichos ingresos", no desvirtuaba, sino que confirmaba la existencia de la productividad

En el caso, por virtud de lo dispuesto por el inciso 4o. del artículo 15 de la ley 9 de 1983, la contribuyente se obligaba a probar, no solamente los hechos de la vinculación del patrimonio líquido y de los ingresos netos a empresa en período improductivo, sino "la proporción en que (tales hechos) influyeron en la determinación de una renta líquida inferior", como bien lo advierte el señor abogado de la parte demandada.

Pero, según es perceptible claramente en la declaración del período, la "renta líquida inferior" que determinó la contribuyente (pérdida, en cifra de $10.222.128), no lo fue, propiamente (o no demostró que lo fuera) porque se encontrara en período improductivo, como se empeñó en hacerlo creer, sino por una razón más prosaica: el exceso de los costos y gastos sobre los ingresos.

Ahora bien, dichos costos y gastos, según aparecen relacionados y descritos en los renglones 187 a 234 de la declaración del ejercicio, son los comunes de cualquier

empresa activa, en período productivo, sin que obre prueba alguna de que los correspondientes desembolsos se hubieran realizado en "prospectación", "construcción", "instalación", "montaje", "ensayos" y "puesta en marcha", propios del período improductivo, conforme al artículo 7o. del Decreto 353 de 1984; contrariamente, el hecho es que, según el estado de renta y gasto del mismo formulario, sobre un inventario inicial de materias primas de $53.895.574, se hubieran efectuado compras de la misma por $297.729.226, con solo un inventario final de $50.985.531, significa que, exclusivamente por este concepto, los costos fueron de $300.639.269; y dado que sólo se reporta, en el renglón 197, un "inventario final de productos terminados", por $6.300.000, debe inferirse que, al menos, la cantidad de $294.339.169 de la materia prima consumida, se transformó y vendió normalmente, sin que el supuesto período improductivo afectara la rentabilidad mínima presunta.

En conclusión, aun en circunstancia de tenerse por suficientemente probado el "período improductivo" alegado por la demandante, lo cierto es que no demostró la incidencia negativa que el mismo hubiera tenido en su rentabilidad mínima presunta; contrariamente, las propias cifras de su estado de renta y gasto, entre otros *ítems*, acreditan que las alegadas etapas de "prospectación, construcción, instalación, montaje, ensayo y puesta en marcha" del artículo 7o. del Decreto 353 de 1984, si es que alguna vez las hubo, no afectaron en absoluto el desarrollo normal de las actividades propias de su objeto social, ni menos la productividad, no estando llamado a prosperar su recurso.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

El doctor WILLIAM RIBERO VALDERRAMA 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 Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION/RETENCION POR HONORARIOS/RETENCION POR RENDIMIENTOS FINANCIEROS/ AUTO-RETENCION

Era la sociedad contribuyente en aplicación de las normas vigentes en materia de retención en la fuente, la que tenía la obligación, en su condición de gestora de los proyectos desarrollados en la modalidad de cuentas en participación y de cuyos fondos recibió honorarios y rendimientos financieros, de practicar la correspondiente retención, a fin de que los mismos fueran deducibles en dichos contratos. Y ello es así por cuanto de conformidad con los arts. 509 y 510 del Código de Comercio "la participación no constituirá una persona jurídica y por tanto carecerá de nombre, patrimonio social y domicilio..."; "el gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación...", entonces, el gestor es quien figura ante terceros y aparece como responsable. Por tal razón en el caso que se atiende, el pagador se confundió con el beneficiario y así mismo el retenedor con el contribuyente, precisamente en razón del contrato.

RETENCION EN LA FUENTE–Imputación/**LIQUIDACION PRIVADA/ ESPIRITU DE JUSTICIA**

Las retenciones en discusión por concepto de honorarios y por rendimientos financieros, se hallan plenamente acreditadas, así como su ingreso a las arcas del Estado. De ello se desprende, que de conformidad con el art. 373 del E.T. la sociedad tenía derecho a deducir en su liquidación privada del impuesto sobre la renta, el valor del impuesto retenido en la fuente. Por lo demás, negar la imputación de los valores retenidos, en la liquidación privada, por la ausencia de una autorización que no se requería, constituye un enriquecimiento sin causa en favor

del Tesoro Público, lo que va en contra del principio de justicia y equidad que informa que el Estado no pretende de los particulares sino aquello que realmente les corresponde para coadyuvar a las cargas de la Nación.

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

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5326. Actor: Inmobiliaria Cáceres y Ferro. Impuesto Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la Administración Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales - Personas Jurídicas de Santafé de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de octubre de 1993, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad INMOBILIARIA CACERES Y FERRO LTDA., por el año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento especial, la Administración practicó la Liquidación Oficial 00087 del 20 de marzo de 1991 y posteriormente por medio de Resolución 000095 del 21 de abril de 1922, que desató el recurso de reconsideración, rechazó las retenciones en la fuente solicitada en cuantía de $1'931.474, en razón de que las mismas fueron autopracticadas por la sociedad sin estar autorizada para ello. Así mismo, liquidó sanción por inexactitud por $3'090.358.

DEMANDA

Inconforme con la liquidación, la actora acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y acusó los actos administrativos de incurrir en violación de las siguientes disposiciones: artículos 29 de la Constitución Política; 369 del Estatuto Tributario en concordancia con el 14 del Decreto 2026 de 1983; 373 y 395 del Estatuto Tributario en concordancia con el 3o. del Decreto 3715 de 1986; 392 del Estatuto Tributario en concordancia con el 1o. del Decreto 2812 de 1991 y 3o. del Decreto 2509 de 1985; 647 del Estatuto Tributario y 2313 del Código Civil.

Indicó la demandante que la sociedad procedió a autopracticarse retención en la fuente sobre honorarios y rendimientos financieros recibidos como gestora de un contrato de cuentas en participación celebrado con terceros, por concurrir en ellas las

calidades de pagadora y beneficiaria del pago, y porque de no haberse efectuado retención en la fuente sobre dichos pagos, los mismos no hubieran podido solicitarse como deducciones de los contratos.

Adujo que, "el contrato de cuentas en participación no es ninguna entidad jurídica de hecho ni de derecho, ni es contribuyente, puesto que nunca se le ha reconocido legal ni jurisprudencialmente tal carácter, razón por la cual mal podría dicha figura legal practicar retenciones y mucho menos presentar declaraciones"; y por tanto las retenciones sólo pueden ser practicadas por la entidad o persona que se designe como gestora de los mismos.

Afirmó que la sociedad tenía todo el derecho a deducir del total del impuesto sobre la renta a las retenciones efectivamente practicadas y pagadas; que negar ese derecho constituye un acto arbitrario e ilegal que a la postre significa un doble cobro de impuesto. Que la Administración no cuestionó su pago, sino que su desconocimiento obedeció exclusivamente al hecho de no ser auto-retenedor.

Consideró que por falta de aplicación fueron violados los artículos 392 y 395 del E.T. que establecen la obligación de efectuar retención en la fuente sobre pagos que se realicen por concepto de honoraros y comisiones y rendimientos financieros que constituyen ingreso para la sociedad y que era obligación del responsable del pago, practicarlas.

Señaló que de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 2509 de 1985, se requiere autorización para autorretenerse sólo cuando se trate de pagos que correspondan a "otros ingresos tributarios", que no existe ninguna otra norma que exija autorización para autorretenerse en casos tan especiales como el de la sociedad que representa, y por tanto la Administración no podía apoyarse en dicho texto para exigirle que presentara la autorización.

Estimó que dentro de las conductas indicadas en el artículo 647 del E.T. como constitutivas de inexactitud no se halla el hecho de autopracticarse retención en la fuente sobre pagos sujetos a ella y sin autorización legal expresa. Que la contribuyente no propuso retenciones inexistentes, sino que por el contrario, las mismas fueron efectivamente practicadas, pagadas y declaradas. Y que por no estar prevista en ley preexistente la conducta sancionada, se violó también en el artículo 29 de la Carta.

Con apoyo en el artículo 2313 del Código Civil, expresó que si se llegara a admitir que el pago realizado no era procedente, la sociedad habría incurrido entonces en un pago de lo no debido, a cuya devolución tiene pleno derecho, caso contrario que estaría en presencia de un enriquecimiento ilícito con el correlativo empobrecimiento injusto para quien efectúa el pago indebido.

Concluyó reiterando su petición de nulidad de lo actuado, impetró la declaración de que la sociedad tiene derecho a la totalidad de las retenciones solicitadas por el año

gravable de 1987, que se levante la sanción por inexactitud y que se declare en firme la liquidación privada.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado de la Nación se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda, aclaró que la Administración no violó el artículo 369 del E.T., ni el 14 del Decreto 2026 de 1983, pues nunca adujo aplicación de estas normas que tratan de cuándo no debe efectuarse retención en la fuente, que no era el caso de la contribuyente y por tanto mal podría infringirlas.

Con indicación de los requisitos para que opere la autorretención precisó, que la sociedad no tiene el carácter de autorretenedora.

Fundada en el artículo 373 del E.T., señaló que en las liquidaciones privadas los contribuyentes pueden deducir del total del impuesto sobre la renta el valor del impuesto que les haya sido retenido, y no como en el caso de autos de sumas autorretenidas.

Que en la vía gubernativa la contribuyente adujo no ser autorretenedor. Agregó que la sociedad nunca acreditó el contrato de cuentas en participación, documento en el cual constan los contratos, su modalidad, obligatoriedad, monto, desarrollo de los proyectos, etc., que tenía un sinfín de medios para probar y no lo hizo.

A juicio de la Administración, la sanción por inexactitud es procedente por cuanto se trata de solicitud de retenciones inexistentes conforme al artículo 647 del E.T. (art. 44 Dcto. 2503/87).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda pues estimó que dada la naturaleza de la autorretención, la sociedad no actuó en tal calidad y por tanto no deben ser aplicadas las disposiciones relativas a dicha figura jurídica. Que el proceder de la actora se enmarca dentro del concepto de retención en la fuente propiamente dicha, pues cumplió con la obligación de sustraer de los pagos recibidos por concepto de honorarios y rendimientos financieros y cuya beneficiaria es contribuyente del impuesto sobre la renta, el porcentaje correspondiente a la retención en la fuente y que por tanto tenía derecho a descontar de su impuesto de renta tales cantidades, según lo dispone el artículo 373 del E.T.

Consideró que el hecho de que la sociedad beneficiaria del pago se hubiera expedido los certificados, no significa que actuara dentro del sistema de autorretención, pues "... obedece a que dichos pagos fueron hechos en virtud de un contrato de cuentas en participación... en el cual actuó como gestora; desembolsos que fueron tomados de los fondos del contrato y hechos en favor de la misma, por lo tanto a ella

correspondía hacer la retención y expedir los certificados pues estaba obligada legalmente a hacerlo".

Consecuencialmente levantó la sanción por inexactitud.

LA APELACION

El apoderado de la Nación se mostró en desacuerdo con la sentencia básicamente porque, a su juicio "resulta desproporcionada la laxitud de la interpretación del Tribunal en orden a facilitar a los contribuyentes actuaciones como la de la sociedad actora", que decidió abrogarse la facultad de disponer arbitrariamente de las retenciones; que la sentencia da vía libre a un procedimiento ilegal, en cuanto no hay ley que lo regule, pero sí que lo prohíbe.

Que el Tribunal consideró que en este caso no hay autorretención, pese a que se cumplen todas las características, excepto la autorización legal que la misma sociedad aceptó no tener.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Presentó alegatos de conclusión el apoderado de la actora, en los cuales se remitió a lo expuesto en la demanda y reiteró que en caso de desconocerse las retenciones se estaría frente a la situación de enriquecimiento ilícito por parte de la Administración. Solicitó la confirmación de la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que la sentencia proferida por el Tribunal debe confirmarse por las siguientes razones:

1. En primer lugar, es evidente que la actora no actuó en condición de autorretenedora en relación con los pagos cuya beneficiaria era la misma sociedad, en virtud de un contrato de cuentas en participación, en el cual tenía la calidad de gestora, pues dichos pagos correspondían a **honorarios y rendimientos financieros,** conceptos que son **diferentes** a los indicados en el artículo 5o. del Decreto 1512 de 1985 (que extendió la retención a los demás pagos susceptibles de constituir ingreso tributario), conceptos para los cuales sí hubiese podido tener vocación de autorretenedora.

En segundo lugar, porque si bien es cierto que los pagos fueron a favor de "sí misma", los fondos respectivos provenían de los dineros del contrato, que en razón del mismo se separan de los de la sociedad.

En tercer lugar, porque el artículo 3o. del Decreto 2509 de 1985, establece la autorretención para el caso de que el volumen de operaciones genere la

existencia de un gran número de retenedores, caso en el cual, para los fines del recaudo es conveniente que la retención la efectúe quien recibe el pago o abono en cuenta, situación en la cual, para tener la calidad del autorretenedor es necesaria la autorización de la Dirección de Impuestos Nacionales (para el año de 1987), previa solicitud de la persona jurídica interesada, status de hecho y de derecho en el cual no se hallaba la contribuyente, y por tanto mal se le puede acusar de su inobservancia, precisamente por no serle aplicables tales disposiciones.

En efecto, a través de toda la actuación gubernativa y jurisdiccional, la Administración ha sostenido que la contribuyente NO TENIA LA CALIDAD DE AUTORRETENEDORA, justamente por ese motivo le fueron rechazadas las retenciones autopracticadas y se le impuso sanción por inexactitud.

2. De otra parte, es claro que la sociedad se situó dentro del marco genérico de las disposiciones que gobiernan la retención en la fuente pues al efectuar pagos sometidos legalmente a retención, como fueron los correspondientes a honorarios y rendimientos financieros, cumplió con la obligación de sustraer y consignar las respectivas cantidades a título de retención, así como de certificar los respectivos valores.

Por lo anterior, la Sala comparte la apreciación del Tribunal en relación con la expedición del certificado, cuando expresa que, ello "... obedece a que dichos pagos fueron hechos en virtud de un contrato de cuentas en participación en el cual la sociedad actora actuó como gestora: desembolsos que fueron tomados de los fondos del contrato y hechos en favor de la misma, por lo tanto a ella correspondía hacer la retención y expedir los certificados, pues estaba obligada legalmente a hacerlo".

En verdad era la sociedad contribuyente, en aplicación de las normas vigentes en materia de retención en la fuente, la que tenía la obligación, en su condición de gestora de los proyectos desarrollados en la modalidad de cuentas en participación y de cuyos fondos recibió honorarios y rendimientos financieros, de practicar la correspondiente retención, a fin de que los mismos fueran deducibles en dichos contratos.

Y ello es así por cuanto de conformidad con los artículos 509 y 510 del Código de Comercio "la participación no constituirá una persona jurídica y por tanto carecerá de nombre, patrimonio social y domicilio..."; el gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación...", entonces, el gestor es quien figura ante terceros y aparece como responsable. Por tal razón en el caso que se atiende, el pagador se confundió con el beneficiario y así mismo el retenedor con el contribuyente, precisamente en razón del contrato.

4. De otra parte, las retenciones en discusión en cuantía de $1'291.039 por concepto de honorarios y $640.435 por rendimientos financieros, se hallan plenamente acreditadas, así como su ingreso a las arcas del Estado; en consecuencia este extremo no está en duda ni es materia de esta litis, recuérdese que en la vía gubernativa las argumentaciones de la Administración se concretaron exclusivamente a cuestionar la ausencia de autorización de la contributente para autorretenerse.

De ello se desprende, que de conformidad con el artículo 373 del E.T., la sociedad tenía derecho a deducir en su liquidación privada del impuesto sobre la renta, el valor del impuesto retenido en la fuente. Por lo demás anota la Sala, que negar la imputación de los valores retenidos, en la liquidación privada, por la ausencia de una autorización que no se requería, constituye un enriquecimiento sin causa en favor del Tesoro Público, lo que va en contra del principio de justicia y equidad que informa que el Estado no pretende de los particulares sino aquello que realmente les corresponde para coadyuvar a las cargas de la Nación (art. 683 E.T.).

5. En relación con la sanción por inexactitud que como consecuencia de la aceptación de las retenciones rechazadas, fue levantada por el Tribunal, adicionalmente observa la Sala, que aun en el evento de que la sociedad hubiere actuado como autorretenedora, sin autorización previa –calidad que se desvirtuó– no era aplicable la sanción de que trata el artículo 647 del E.T., pues en verdad dentro de los hechos que la disposición sanciona como inexactos, no se encuentra el de autorretenerse sin autorización previa, máxime cuando en este asunto no se podía hablar de retenciones inexistentes, pues las propuestas en la declaración de renta fueron efectivamente practicadas, declaradas y consignadas en la Administración, sin existir por parte de las autoridades de impuestos reparo alguno sobre ese particular, antes por el contrario, el representante de la entidad demandada, expresó:

> "... sin que tenga importancia el hecho favorable de que en caso presente no se hubiera producido pérdida... (del valor de las retenciones), por la rectitud de los procedimientos de la sociedad, pero que hubieran podido resultar no tan ejemplares en manos de otras personas...".

Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

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.

DEDUCCION TEORICA/COSTO FISCAL/AJUSTES POR INFLACION

Sin que en esta etapa inicial puedan determinarse las consecuencias o el origen de la utilización por parte del reglamento del "costo fiscal" para obtener la sumatoria de los activos no monetarios se observa que tal diferencia manifiestamente modifica la ley. No obstante conviene precisar que como la acción se concreta a la citada expresión utilizada en el primer inciso del art. 21 destinado a establecer si procede a no la deducción teórica, o como dice la demanda, "para determinar la procedencia de la deducción téorica" dejará este proceso a salvo el procedimiento de determinación de dicha deducción, por cuanto el numeral 1 del mismo art. 21 conserva la expresión legal de "... se obtiene la diferencia entre los activos no monetarios ya señalados y el patrimonio líquido inicial...", que es igual al utilizado por el art. 354 del estatuto tributario.

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

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5465. Actor: Ligia Sarmiento de Peña. Decreto Reglamentario. Auto.

En ejercicio de la acción pública del artículo 84 del C.C.A. la abogada LIGIA SARMIENTO DE PEÑA demanda la nulidad parcial del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, por medio del cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

La demanda está concretada a la expresión "... el costo fiscal de..." incluida en el primer inciso que dice:

"ARTICULO 21. Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales.

Por los años gravables 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, los contribuyentes que hayan efectuado los ajustes en la forma prevista en este Decreto, y que al inicio de cada año presenten un patrimonio líquido inferior a la sumatoria que a la misma fecha tenga el costo fiscal de los activos no monetarios representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, inventarios, aportes en sociedades de acciones, tendrán derecho a una deducción teórica que se determinará así:.....".

El fundamento de la demanda radica en que este artículo del reglamento introdujo la expresión mencionada que no aparece en el texto del artículo 354 del Estatuto Tributario al cual reglamenta, con lo cual se modifica la base para determinar la procedencia de la deducción teórica, pues mientras el Estatuto parte de la sumatoria de los activos no monetarios el reglamento parte de la sumatoria del costo fiscal de los activos no monetarios.

Por reunir los requisitos formales pertinentes la demanda será admitida y con relación a la solicitud de suspensión provisional que formula en el mismo escrito la actora la Sala considera lo siguiente:

Aparentemente y sin que en esta etapa inicial puedan determinarse las consecuencias o el origen de la utilización por parte del reglamento del "costo fiscal" para obtener la sumatoria de los activos no monetarios se observa que tal diferencia manifiestamente modifica la ley, como lo sostiene la demanda.

No obstante, conviene precisar que como la acción se concreta a la citada expresión utilizada en el primer inciso del artículo 21 destinado a esclarecer si procede o no la deducción teórica, o como lo dice la demanda, "para determinar la procedencia de la deducción teórica", dejará este proceso a salvo el procedimiento de determinación de dicha inducción, por cuanto el numeral 1 del mismo artículo 21 conserva la expresión legal de "... se obtiene la diferencia entre los activos no monetarios ya señalados y el patrimonio líquido inicial...", que es igual al utilizado por el artículo 354 del Estatuto Tributario.

Como consecuencia de lo expuesto será admitida la demanda y decretada la suspensión provisional pedida.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o. ADMITESE la demanda de nulidad parcial del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 (diciembre 23) en cuanto a la expresión "el costo fiscal

de..." utilizado en el primer inciso. Esta demanda fue entablada con base en el artículo 84 del C.C.A. por la ciudadana LIGIA SARMIENTO DE PEÑA en su propio nombre, 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 el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la redacción del artículo 21 del Decreto 2075 de 1992 relativo a la gradualidad de la aplicación de los ajustes integrales. Término cinco (5) días.

2o. DECRETASE la suspensión provisional de la expresión "... el costo fiscal de..." utilizada en el primer inciso del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 (diciembre 23).

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.

FALLO INHIBITORIO–Improcedencia/**SENTENCIA ESTIMATORIA/ PRESUNCION DE LEGALIDAD/ACTO ADMINISTRATIVO**

Si bien el hecho de no regir éste se oponía al decreto de la medida cautelar, por no estar produciendo en la actualidad efectos susceptibles de suspenderse, no impedía un pronunciamiento de mérito sobre los cargos de nulidad, tal como lo ha dicho la Sala Plena del Consejo de Estado y lo ha sostenido reiteradamente esta Sección. La Sala Plena en una de sus muchas sentencias sobre el tema ha expresado: "Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado.

RENTA PRESUNTIVA–Reducción/**EMPRESA EN PERIODO IMPRODUCTIVO/CASO FORTUITO/FUERZA MAYOR**

El art. 181 del Estatuto Tributario que trata de la reducción proporcional de la presunción por improductividad o fuerza mayor o caso fortuito, dice que la reducción opera "sobre aquella parte de los ingresos netos y del patrimonio líquido" afectada, siempre que se demuestre el hecho de la vinculación a empresas en período improductivo o de la afectación por fuerza mayor o caso fortuito, "y la proporción en que (tal hecho incidió) en la determinación de una renta líquida inferior" donde es claro que el fenómeno de la porcentualidad se predica, exclusivamente de los puntos de porcentaje en que pueda disminuirse la presunción y, del factor de incidencia del hecho de la vinculación o

afectación, y no del eventual fraccionamiento físico del período impositivo, por vinculación o afectación parcial, pues esto no lo prevé la norma reglamentada. No estando previsto dicho aspecto cronológico en la ley y siendo un factor totalmente extraño al sistema general de la renta presuntiva, no se encuentra fundamento alguno para que se haya incluido en la norma reglamentaria, sin que por otra parte la Administración haya explicado su posición al respecto. Así es que la norma acusada introdujo un factor nuevo referente al tiempo de vinculación de los ingresos netos y del patrimonio líquido a empresas en período improductivo, o de afectación de los mismos por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, se viola flagrantemente el inciso 4o. del art. 15 de la Ley 9a. de 1983.

VALOR PATRIMONIAL NETO/RENTA PRESUNTIVA

No es cierto que del concepto de "valor patrimonial neto" de que tratan los arts. 186 y 193 del Estatuto Tributario, se infiera la existencia de "un período de tiempo transcurrido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre". En tales artículos concretamente en el 193, se hace depender el "valor patrimonial neto" de los bienes excluibles de la presunción de un cálculo aritmético en el que el "porcentaje" del que ahí se hable, dice relación solo con la incidencia o reparto porcentual del pasivo, no con el criterio de la "anualidad" que se pretende. Tampoco es exacto que únicamente transcurrido un año calendario, se pueda hablar de "patrimonio líquido y patrimonio bruto", para poder determinar el "valor patrimonial neto" pues en tal caso, los declarantes (personas naturales y sucesiones ilíquidas) por fracción de año, se habrían dicho exonerados de liquidar impuesto de patrimonio, en contra de las numerosas disposiciones que regulaban el tributo.

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

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5139. Acción de Nulidad y Suspensión Provisional. Actor: Alfredo Lewin Figueroa y Héctor Julio Becerra Becerra. Fallo.

Los doctores ALFREDO LEWIN FIGUEROA y HECTOR JULIO BECERRA BECERRA, en propio nombre, fundados en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, demandan la nulidad del parágrafo 2 del artículo 2 del Decreto 353 de 1984.

ANTECEDENTES

La norma demandada, reglamentaria de la Ley 9a. de 1983 en lo relativo a la exclusión de bienes del cálculo de la presunción, expresa textualmente:

> "Parágrafo 2.– Para los efectos de los numerales 6, 7, 8 y 9 del presente artículo, cuando el período improductivo, la prohibición de urbanizar, la congelación de arrendamientos, las disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios, a conservación de sitios históricos o de recursos naturales, los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, o las anormalidades económicas determinadas por el Gobierno Nacional, afecten solo una parte del período gravable, el valor patrimonial neto de los bienes vinculados a las actividades afectadas por tales hechos, que se excluye de la base de cálculo de la renta presuntiva, será el que resulte de multiplicar el valor patrimonial neto de tales bienes por el número de días durante los cuales haya sido afectado y dividir el resultado que se obtenga, por 360".

LA DEMANDA

Indica quebrantados los artículos 180, 181, 186 y 189 del Estatuto Tributario, y 113, 189 y 338 de la Constitución.

1. Explica que, conforme al artículo 186 del Estatuto Tributario, concordante con el 180 ib., el patrimonio líquido base del cálculo de la presunción, "se obtiene excluyendo del total del patrimonio líquido **en el último día del año inmediatamente anterior al gravable,** el valor patrimonial neto de los activos representados, entre otros, por aquellos vinculados a empresas en período improductivo, o afectados por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito", mientras que, según el parágrafo acusado, la exclusión de patrimonio líquido operaría respecto de hechos ocurridos durante el año gravable, ésto es, posteriormente a la fecha señalada por la norma sustancial y, además, mediante una fórmula matemática (destacado en el texto).

2. Afirma que según lo dispuesto por el artículo 181 ib., para obtener la reducción de la presunción, por patrimonio vinculado a empresas en período improductivo o afectado por hecho de fuerza mayor o caso fortuito, bastaría demostrar la improductividad o afectación, en el último día del año inmediatamente anterior al gravable y la proporción en que tales hechos incidieron en la renta líquida inferior, donde dicha proporción no estaría referida, "al monto del patrimonio líquido del año anterior, ni al número de días que durante el año el patrimonio haya estado improductivo o afectado por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, sino a la incidencia que la improductividad o los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, existentes en 31 de diciembre del año anterior, haya tenido efectivamente en la renta obtenida en el año gravable, independientemente del número de días en que el patrimonio haya estado afectado por las circunstancias que autorizan legalmente la reducción de la renta presuntiva...".

A continuación, la demanda presenta casos hipotéticos, presuntamente demostrativos de que la aplicación del parágrafo acusado, implicaría, "un injustificado aumento (...) de la renta presuntiva, con violación de los artículos 190, 181 y 186 del Estatuto Tributario, que no autorizan la configuración artificial de rentas presuntivas, sino que ordenan la determinación de éstas teniendo en cuenta la real incidencia de los factores de improductividad legalmente autorizados, en la renta efectivamente obtenida...".

3. Agrega que mientras el artículo 189 ib., sobre "depuración de la base de cálculo y determinación", permitiría restar, del patrimonio líquido del año anterior, el valor patrimonial neto de los bienes señalados en sus literales a), b) y c), sin limitar la exclusión a los días o meses de afectación de tales bienes por fuerza mayor o caso fortuito, o vinculación a empresas en período improductivo, el parágrafo en cuestión sí condicionaría la exclusión en la indicada forma.

Advierte que dicho artículo 189, aplicable desde 1990, habría modificado el artículo 181 ib., en cuanto a que la exclusión de aportes y acciones ("literal a") y bienes vinculados a empresas en período improductivo ("literal c"), no exigiría demostrar la proporción en que hubiera incidido la improductividad en la obtención de una renta inferior a la presunta, demostración que se habría mantenido solo respecto de los bienes afectados por fuerza mayor o caso fortuito ("literal b").

4. Finalmente afirma que, por las violaciones de la ley descritas, se habrían vulnerado los artículos 113, 189, num. 11 y 338 de la Constitución, rebasando el reglamentador el ejercicio de su potestad, por la inclusión de "una fórmula adicional y diferente a la prevista en la ley para la fijación de la base del cálculo de la renta presuntiva..." que, además, quebrantaría los principios de separación de las ramas del poder público y de que, en tiempo de paz, solo el Congreso es competente para legislar "en materia tributaria", tema sobre el que reproduce apartes de la sentencia de la Sala, de 3 de agosto de 1991, de la que fuera ponente el señor Consejero Jaime Abella Zárate.

Añade, que la circunstancia de que, a la presentación de la demanda, no rijan los artículos 180, 181 y 186 del Estatuto Tributario, no obsta para que se estudien los cargos de ilegalidad y la solicitud de nulidad, pues solo así se restablecería la legalidad afectada.

Se solicitó la suspensión provisional del precepto impugnado, pretensión que fue denegada.

De la admisión de la demanda, salvó voto el señor Consejero Guillermo Chahín Lizcano, en cuanto, de acuerdo con su criterio no procedía tal admisión, por recaer la demanda en normas derogadas.

PARTE OPOSITORA

Estima como punto principal, que las pretensiones de nulidad deben ser objeto de un pronunciamiento inhibitorio, en cuanto que, por virtud de lo dispuesto por el decreto

2686 de 1988, expedido por el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 90-4 de la Ley 75 de 1986, se habría eliminado, a partir del año gravable de 1990 "la renta presuntiva referida en el artículo 15 de la Ley 9a. de 1983, sobre el patrimonio líquido y (limitado) a tres los conceptos que podían restarse del patrimonio líquido base de la renta presuntiva", incorporándose su articulado, como lo fuera el de la Ley 9a. de 1983, al Estatuto Tributario, en forma que, en éste, el tema habría quedado regulado por los artículos 180 a 187 ("renta presuntiva sobre ingresos y patrimonio (...), normas aplicables para el año gravable 1989") y 188 y 189 ("normas aplicables a partir de la vigencia fiscal de 1990, ésto es, renta presuntiva sobre patrimonio"); pero que, habiéndose derogado, expresamente, por la Ley 6a. de 1992, los citados artículos 180 a 187 del Estatuto, que "recogían la estrucutura de la renta presuntiva contenida en la Ley 9a. de 1983" habría desaparecido, "igualmente, del mundo jurídico, el decreto reglamentario 353 de 1984, en cuanto a la reglamentación de la renta presuntiva", de donde resultaría improcedente, "pretender un pronunciamiento de fondo respecto de su legalidad, por que la institución jurídica de la nulidad tiene el efecto de retirar, por ilegal, una norma incorporada al ordenamiento jurídico, que se presume legal y vigente hasta tanto sea declarada nula por la autoridad competente para ello...".

Añade, que la prosperidad de la acción de nulidad respecto de norma inexistente, implicaría el desconocimiento de la razón de ser de tal institución y del principio de la seguridad jurídica, siendo posible, entonces, "deshacer situaciones consolidadas bajo imperios normativos que por distintas razones han sido retirados del ordenamiento jurídico, inclusive porque a criterio del mismo legislador se han considerado ilegales frente al cambiante mundo jurídico...".

En cuanto a los cargos de la demanda, resalta, como "filosofía" de la renta presuntiva, el hecho de su creación bajo el principio constitucional de la función social de la propiedad, que impuso, a partir de 1983, en las normas respectivas, una rentabilidad mínima del patrimonio líquido, principio no afectado por los preceptos de la nueva Constitución, pese a haberse considerado, en éstos, "inconveniente gravar por parte de la Nación el patrimonio".

Afirma, que a partir de la definición de "valor patrimonial neto" que da el artículo 193 del Estatuto Tributario ("e) que se obtenga de multiplicar el valor patrimonial del bien por el porcentaje que resulte de dividir el patrimonio líquido por el patrimonio bruto del año gravable base para el cálculo de la presunción"), se establecerían los valores de los bienes excluibles del patrimonio líquido del año anterior al gravable, conforme al artículo 186, numerales 3 y 6, ib., infiriéndose, de estas disposiciones, que el concepto de "valor patrimonial neto" de un bien, "parte del supuesto legal de año o período gravable, es decir, de un período de tiempo transcurrido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre, toda vez que solo transcurrido ese tiempo es (sic) posible (sic) o caben los conceptos de patrimonio líquido y patrimonio bruto a partir de los cuales es posible determinar el 'valor patrimonial neto' de un bien"; y que, cuando el parágrafo acusado dice cómo determinar dicho valor se entendería referirse al "año inmediatamente

anterior al gravable y no (al) año gravable en el cual se está determinando la renta presuntiva, porque la norma se está refiriendo al concepto 'valor patrimonial neto de los bienes' y éste surge del patrimonio líquido base del cálculo de la renta presuntiva, es decir, el patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable, porque solo es posible determinar el 'valor patrimonial neto' a partir de este concepto, es decir, no se puede aplicar la norma acusada antes de determinarse el valor patrimonial neto del bien...".

En planteamientos numéricos, dice mostrar cómo se explicaría la "fórmula matemática" de la norma impugnada, concluyendo que ésta no podría acusarse de exceder la ley reglamentaria, pues la reducción de la presunción operaría por circunstancias que afectan la rentabilidad normal y tales circunstancias comportarían "aspectos de temporalidad", de que debía ocuparse el reglamento.

De otro lado, que el vocablo "proporción" del artículo 181 ib., a que aluden los demandantes, no debe interpretarse aisladamente, "sino en concordancia con los artículos 185 y 186 (ib)", pues, mientras en el primero la expresión es simplemente enunciativa, en los restantes se "precisa el concepto 'base gravable', esencial a toda estructura impositiva", de modo que cuando el artículo 181 dispone reducir la renta presuntiva, "proporcionalmente sobre aquella parte del patrimonio líquido vinculado a empresas en período improductivo o afectada por fuerza mayor o caso fortuito, está autorizando de manera general una 'reducción' condicionada a una proporción" y para establecer ésta, "uno de los factores a (sic) considerar es el que corresponde a la temporalidad, referida ésta a las circunstancias enunciadas en la norma, es decir, que deberá existir la debida correspondencia entre los conceptos, el valor patrimonial neto del bien y el tiempo e incidencia por la ocurrencia de los hechos a que se refiere la norma..."; así que la "proporcionalidad" no sería hecho aislado, sino en conjunción con los factores que la determinan, entre otros, los referentes a la fijación de la base gravable, de los artículos 185 y 186 en cita, "respecto a los cuales es inherente el factor tiempo, precisamente porque la naturaleza de los hechos descritos no son (sic) una constante, sino un evento que altera la regularidad de una actividad de manera temporal y excepcional...".

De la violación de preceptos constitucionales, dice que son válidos los mismos argumentos anteriores, dado que la norma reglamentaria no habría excedido el campo de las facultades del reglamentador, cuyo alcance habría sido precisado por auto de 22 de marzo de 1963, de esta Corporación, con ponencia del señor Consejero Carlos Gustavo Arrieta, algunos de cuyos apartes se reproducen.

Concluye, que si la norma legal parte del supuesto de anualidad fiscal, "el concepto de 'valor patrimonial neto' de un bien que se autoriza a deducir de la base para el cálculo de la renta presuntiva y la definición del mismo no comportan una rigidez tal que desconozca el hecho ya previsto en otras normas, de que el período fiscal puede ser inferior a un año y que en tal evento los factores que determinan la base impositiva

también correspondan solo a una fracción del año, y no necesariamente al año comprendido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre, que es la regla general. Por ello es no solo permitido al reglamento sino necesario señalar los mecanismos aplicables cuando la regularidad de la anualidad fiscal se altere, porque ello incide en cada uno de los factores que integran la base impositiva y esta circunstancia no solo es aplicable a la renta ordinaria, sino también a la renta presuntiva...".

En su alegato de conclusión, la impugnadora enfatiza, en lo tocante a las aducidas violaciones de la Constitución, en que el artículo 189 del Estatuto Tributario es incorporación del artículo 3o. del Decreto 2686 de 1988, "que estableció la base del patrimonio líquido para la determinación de la renta presuntiva aplicable a partir del año gravable 1990" y, por tanto, el parágrafo acusado reglamentaría la Ley 9a. de 1983 y no el citado decreto, "norma posterior", no pudiendo aducirse violación alguna del reglamento, "respecto de la norma estatutaria", aparte de que el concepto de violación del artículo 338 constitucional no habría sido desarrollado por la demanda, pero que aun siéndolo, dicho parágrafo no tendría el carácter de "ley impositiva de contribuciones", por limitarse a desarrollar un aspecto de la renta presuntiva, cuyos elementos se encontrarían en la ley, no en el reglamento; y que si pretendiera que el reglamento incurre en inconstitucionalidad "sobreviviente", por la expedición de la nueva Constitución", se estaría frente a una derogatoria del reglamento (...), circunstancia que igualmente conlleva a un fallo inhibitorio, respecto de la acción de nulidad propuesta...".

ALEGATO DE LOS DEMANDANTES

Se oponen a la petición de fallo inhibitorio de la parte demandada y hacen propios los razonamientos de esta Corporación en la materia, expuestos en la sentencia de Sala Plena de 14 de enero de 1991, expediente No. S-157, Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, y también en la sentencia de la Sala, de 5 de octubre de 1990, expediente No. 1723, Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos, cuyos principales apartes se reproducen.

Afirman que la demanda, en modo alguno, pretende controvertir la legalidad o constitucionalidad de la institución de la renta presuntiva, pero sí cuestionan que, en desarrollo del principio de la función social de la propiedad, se defienda una norma reglamentaria violatoria de la ley reglamentada, por excederla y contrariarla, "en cuanto que de su aplicación, el monto de los impuestos de los contribuyentes sujetos a renta presuntiva, difiere del monto de los impuestos que surgiría de la no aplicación de las normas con fuerza de ley", punto en el que el alegato remite a lo explicado en la demanda, "con un ejemplo elemental".

Reproducen, del mismo modo, el planteamiento de que los artículos 180, 181 y 186 del Estatuto Tributario, sobre exclusiones de la base de cálculo de la renta presuntiva, no condicionaron éstas al número de días o meses del año gravable en que los bienes se vieran afectados por hechos de fuerza mayor o caso fortuito o vinculación a

empresas en período improductivo, como lo hizo el parágrafo 2o. del artículo 2o. del decreto 353 de 1984, norma acusada, mediante "una fórmula matemática completamente extraña a lo prescrito en la norma sustancial", sino que "estas disposiciones, con fuerza jurídica de ley, implicaban que la determinación de la renta presuntiva se hiciera de acuerdo con la real y efectiva incidencia de los factores de improductividad y lo que podía reducirse proporcionalmente era la renta presuntiva, no el monto base de cálculo de renta presuntiva (apartes, acciones, bienes afectados por fuerza mayor o caso fortuito o bienes vinculados a empresas en período improductivo)...".

Afirman, así mismo, "inicialmente correcto" el planteamiento de la señora abogada de la parte opositora, acerca del concepto de "valor patrimonial neto" de los bienes que se excluyen de la base de cálculo de la renta presuntiva, del artículo 193 del Estatuto Tributario, que significaría disminuir el valor bruto del bien afectado, con la parte proporcional del pasivo, ésto es, que la "proporción" prescrita solo tendría por objeto la distribución del pasivo patrimonial, "entre los bienes afectados y los que no lo están", por lo que resultaría ilegal la definición de "valor patrimonial neto" del parágrafo atacado, por introducir en ésta, "un factor temporal de fraccionamiento no previsto en la ley", e incorrecta la interpretación que hace de la norma la parte demandada, tanto en lo que concierne al fraccionamiento del año gravable con base en el reglamento, como en lo referente a la hipótesis de que si un bien "solo hubiese estado improductivo durante 100 días **del año inmediatamente anterior,** sería aplicable la fórmula" (del parágrafo acusado), ejemplo traído por aquélla en el que se incurriría en error, pues si la improductividad hubiera tenido lugar en el año anterior al gravable, "y ya no existe en 31 de diciembre de dicho año, no es procedente disminuir el patrimonio líquido básico para la determinación de la renta presuntiva. La improductividad o los otros factores que afecten los bienes excluibles, deben existir al final del año anterior al gravable; y el valor patrimonial neto de los bienes afectados se resta, sin fraccionamientos, del patrimonio líquido en la misma fecha, para calcular la renta presuntiva que se compara con la renta líquida efectivamente obtenida en el año gravable objeto de la liquidación..." (destacado en el texto del alegato).

También estima "correcto" el planteamiento de la impugnadora, de que el artículo 181 del Estatuto en cita, solo puede interpretarse en concordancia con los artículos 185 y 186 ib. y, además, con el artículo 180 ib. y normas que estructuran el sistema del impuesto de renta, que habría sido "una de las orientaciones que se tuvo en la demanda", pero que si dicho artículo 181 es meramente "enunciativo", según aquélla, "la concresión (sic) de lo enunciado (en el) se hace en el artículo 186" (ib.), sin que tengan cabida los fraccionamientos del parágrafo en cuestión.

En cuanto al "alcance que la señora Apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales (sic) pretende darle a la potestad reglamentaria, fundamentada en un auto de 1963, se transcriben apartes de la sentencia de la Sala, de 3 de agosto de 1991, Consejero Ponente, Dr. Jaime Abella Zárate.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo contencioso, no cree que los argumentos de la demanda merezcan alguna reflexión, ni que sea acertado un pronunciamiento de fondo sobre los mismos, "dada la circunstancia de que la norma censurada perdió su vigencia en el tiempo y de consiguiente se ha operado el fenómeno de la sustracción de materia...", cuestión en la que se dice reiterativo, por no vislumbrarse nuevos argumentos, con fuerza de convicción.

LA SALA CONSIDERA

1. Petición de Fallo Inhibitorio

La Sala no comparte los argumentos propuestos por la entidad demandada y por el Señor Agente del Ministerio Público, en el sentido de que la Corporación debe inhibirse para un pronunciamiento de fondo sobre la controversia propuesta en la demanda, porque la norma demandada ya no se encuentra vigente.

Como se puntualizó en el auto que denegó la Suspensión Provisional del parágrafo acusado, si bien el hecho de no regir éste se oponía al decreto de la medida cautelar, por no estar produciendo en la actualidad efectos susceptibles de suspenderse, no impedía un pronunciamiento de mérito sobre los cargos de nulidad, tal como lo ha dicho la Sala Plena del Consejo de Estado y lo ha sostenido reiteradamente esta Sección.

En efecto, en Sentencia proferida el 14 de enero de 1991, expediente S-157 dijo la Sala Plena:

> "Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que, en tratándose de acciones de nulidad, cuyo propósito '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 jurídico 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, Expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo).
>
> "La posición anterior ha sido reiterada en varias oportunidades, dentro de las cuales se destacan los pronunciamientos de 14 de febrero de 1979 (Expediente 994), 18 de julio de 1975, marzo 13 de 1979 (Expediente 518), 12 de julio de 1988 (Expediente 387-10861), octubre 12 de 1989 (Exp. 522) y 24 de noviembre de 1989 (Expediente 1062).

"Sin embargo en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

"'Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado' (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, Expediente 9524).

"Tesis que, al igual que la primera, ha sido sostenida en ciertas oportunidades (Sentencias de 9 de julio de 1987, Expediente E-102, 11 de octubre de 1968) y en la cual subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraerían del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad.

"Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab-initio*, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

"Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la

disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

"Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a *contrario sensu,* serán legales si ella lo es también. Pero, como uno y otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

"Por ello la Sala opina que, aun a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia".

En el caso de autos, se tiene que el Parágrafo demandado forma parte del Decreto 353 de 1984, mediante el cual se reglamentó la Ley 9a. de 1983 y dicha ley fue objeto de modificaciones en materia de renta presuntiva, su determinación y tarifas aplicables, mediante el Decreto Ley 2686 de 1988, el cual en su artículo 3o., incisos 2o. y 3o. reglamentó la materia, en normas que fueron recogidas en el Decreto 624 de 1989, mediante el cual se expidió el Estatuto Tributario, en sus artículos 180 y siguientes.

Con posterioridad, la Ley 6a. de 1992, derogó expresamente los artículos 180 a 187 del Estatuto Tributario, los cuales eran originarios de la Ley 9a. de 1983 y sobre el tema en estudio mantuvo los artículos 188 y 189 originarios del Decreto 2686 de 1986.

Lo anterior, indica a la Sala que la norma demandada, reglamentaria de la Ley 9a. de 1983 en lo relacionado con la renta presuntiva, ya no se encuentra vigente, toda vez que fue expresamente derogada la norma reglamentada, además de que ya había sido objeto de modificaciones desde el año de 1986 y que tampoco se encuentran vigentes las normas citadas como violadas (artículos 180 a 187), pero ello no obsta para que se entre a resolver su legalidad o ilegalidad.

En estos términos se ha pronunciado la Sección entre otras en las siguientes providencias: Auto de 11 de marzo de 1988, expediente 1625; Auto del 8 de septiembre de 1989, expediente 2121; Auto del 28 de octubre de 1988, expediente 2308; Auto del 12 de mayo de 1989, expediente 2458; Auto del 4 de marzo de 1993, expediente 4672.

De acuerdo con los citados criterios procede la Sala a resolver la controversia de fondo planteada por los actores en su demanda.

2. Pretensión de Nulidad.

Aunque las fórmulas de prorrateo por fracciones de año, no son propiamente extrañas al régimen del impuesto sobre la renta y complementarios, pues, aparecen instituidas en los artículos 59, numeral 5o., y 129 del Decreto 2053 de 1974 (o 136 y 296 del Estatuto Tributario, respectivamente), respecto de la alicuota de depreciación de bienes adquiridos o mejorados en el año y del impuesto de patriminio por fracción de año, sí resultan inusitadas en materia de la determinación de la base de cálculo de la renta real o presunta, dado que ni el ordenamiento impositivo específico ni, en particular, las disposiciones de la Ley 9a. de 1983, que se dicen reglamentadas, contienen disposiciones relativas a variaciones porcentuales de dicha base imponible por razón de la mayor o menor extensión del período fiscal y contable.

En efecto, el inciso 4o. del artículo 15 de la citada Ley 9a. de 1983, incorporado, casi literalmente, como artículo 181 del Estatuto Tributario, que trata de la reducción proporcional de la presunción por improductividad o fuerza mayor o caso fortuito, dice que la reducción opera "sobre aquella parte de los ingresos netos y del patrimonio líquido" afectada, siempre que se demuestre el hecho de la vinculación a empresas en período improductivo o de la afectación por fuerza mayor o caso fortuito, "y la proporción en que (tal hecho incidió) en la determinación de una renta líquida inferior", donde es claro que el fenómeno de la porcentualidad se predica, exclusivamente, de los puntos de porcentaje en que pueda disminuirse la presunción y, como bien lo sostienen los actores, del factor de incidencia del hecho de la vinculación o afectación, y no del eventual fraccionamiento físico del período impositivo, por vinculación o afectación parcial, pues ésto no lo prevé la norma reglamentada.

No estando previsto dicho aspecto cronológico en la ley y siendo un factor totalmente extraño al sistema general de la renta presuntiva, no encuentra la Sala fundamento alguno para que se haya incluido en la norma reglamentaria, sin que por otra parte la Administración haya explicado su posición al respecto, y mucho menos, relacionándolo con el patrimonio gravable del año anterior.

Por otra parte, no es cierto que del concepto de "valor patrimonial neto" de que tratan los artículos 186 y 193 del Estatuto Tributario, se infiera la existencia de "un período de tiempo transcurrido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre", según lo afirma la parte demandada. En tales artículos, concretamente, en el 193, se hace depender el "valor patrimonial neto" de los bienes excluibles de la presunción, de un cálculo artimético en el que el "porcentaje" del que ahí se hable, dice relación solo con la incidencia o reparto porcentual del pasivo, no con el criterio de la "anualidad" que se pretende, como acertadamente lo advierten los actores.

Tampoco es exacto que únicamente transcurrido un año calendario, se pueda hablar de "patrimonio líquido y patrimonio bruto", para poder determinar el "valor patrimonial neto", pues, en tal caso, los declarantes (personas naturales y sucesiones ilíquidas) por fracción de año, se habrían dicho exonerados de liquidar impuesto de patrimonio, en contra de las numerosas disposiciones que regulaban el tributo.

En conclusión, si bien el fraccionamiento de un ejercicio fiscal es cuestión atribuible a causas donde prima el elemento fáctico (como liquidarse una sucesión o ausentarse del país), sus efectos jurídicos deben aparecer claramente fijados por la ley, porque de otro modo, así, de hecho, exista el fraccionamiento, resulta antijurídica la deducción de consecuencias no previstas por el legislador.

Habiéndose demostrado, en el proceso, que el parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 353 de 1984, introdujo un factor nuevo, referente al tiempo de vinculación de los ingresos netos y del patrimonio líquido a empresas en período improductivo, o de afectación de los mismos por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, se viola flagrantemente el inciso 4o. del artículo 15 de la Ley 9a. de 1983, tal como se había reproducido por el artículo 181 del Estatuto Tributario, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, con lugar a la nulidad impetrada.

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:

Anúlase el parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 353 de 1984.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, ARCHIVESE. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala (salva 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)

Tengo razones para no compartir el análisis planteado por el señor Ponente acerca del tema de la sustracción de materia, puesto que 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. 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.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Salvamento de Voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Referencia: Expediente No. 5139. Actor: Alfredo Lewin Figueroa y Héctor Julio Becerra B. C/La Nación. Consejero Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Deseo manifestar que, aunque comparto plenamente las decisiones adoptadas en el presente fallo, tengo algunas razones para no compartir el análisis planteado por el señor Ponente acerca del tema de la sustracción de materia, puesto que 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 si 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 litigo, ya que el orden jurídico 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.

Fecha ut supra.

PROVEEDOR NACIONAL/CERT–Requisitos

Para que proveedores nacionales que hayan participado en licitaciones internacionales tengan derecho a los certificados de Reembolso Tributario CERT, deben cumplir los siguientes requisitos: a. Que se trate de proveedores de bienes nacionales entendidos por tales los que reúnan las características establecidas en el art. 1o. del decreto 1355 de 1984. b. Que a los proveedores de bienes nacionales se les haya adjudicado un contrato en licitación internacional abierta en Colombia, por una entidad oficial. c. Que los bienes a adquirir hayan sido financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público. d. Certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y determinado de conformidad con el art. 1o. del Decreto 1355 de 1984. e. Allegar con la solicitud copia autenticada del contrato perfeccionado. f. Presentación de la solicitud al Banco de la República, dentro de los seis (6) meses siguientes al perfeccionamiento del contrato. No existe normatividad alguna ni puede inferirse de los textos legales que en la certificación deba dejarse constancia de la utilización de un método especial de cálculo para demostrar el origen nacional de los bienes y su valor agregado.

CERT–Término de Solicitud/**PROVEEDOR NACIONAL/EXPORTADOR**

No puede exigirse a los proveedores nacionales, el cumplimiento de aquellos requisitos que solo 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. El hecho que debe tenerse en cuenta para contabilizar los seis meses a que se refiere el art. 11 del Decreto 636 de 1984 es el perfeccionamiento 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.

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

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5259. Apelación sentencia de 8 de octubre de 1993 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las decisiones del Banco de la República. Actor: Banco de la República. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderada por el Banco de la República, el actor, contra la sentencia de 8 de octubre de 1993, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo expedido por el Banco de la República que ordenó el reconocimiento a la Compañía Metalúrgica Torino S.A. del derecho a certificados de reembolso tributario –CERT–, por valor de $1.247.000.oo, más la suma de $74.83 en dinero en efectivo, los cuales le fueron entregados el 27 de febrero de 1987.

ANTECEDENTES

Las Empresas Municipales de Cúcuta, abrieron la licitación pública internacional número PZA-04/84 para contratar el "suministro de hidrantes de columna 0 6", licitación que fue adjudicada a la Compañía Metalúrgica Torino S.A.

El 16 de julio de 1985, las Empresas Municipales de Cúcuta y la Compañía Metalúrgica Torino S.A., suscribieron el contrato No. PZA-006 por virtud del cual esta última se comprometió a suministrar hidrantes de columna 0 6 en la cantidad, calidad y condiciones que se determinaron en el pedido que formaba parte del contrato y en un todo de acuerdo con los planos, especificaciones y condiciones fijadas en el pliego de condiciones de la licitación No. PZA-004/84. El valor del contrato ascendió a la suma de US$34.210.oo, y para efectos fiscales, a la suma de $4.567.719.20 pesos. El plazo de entrega se fijó en 90 días calendario, contados a partir de la firma del contrato para los bienes de fabricación nacional.

El 11 de junio de 1986, la sociedad demandada, a través del intermediario financiero (el Banco del Estado - Sucursal Principal), presentó al Banco de la República la solicitud No. 257 para que tal entidad expidiera y entregara, con base en el contrato antes mencionado, certificados de reembolso tributario CERT por valor de $1.247.075.oo, equivalentes al veinte por ciento (20%) del valor agregado nacional "supuestamente acreditado en su oferta, según certificación que en tal sentido le fuera expedida por las Empresas Municipales de Cúcuta, certificación donde no se demuestra el origen nacional de los bienes ni su valor agregado, en la forma señalada en el Decreto 1355 de 1984 y su modificatorio del 2847 de 1985, pues la entidad licitante –las Empresas Municipales de Cúcuta– en la certificación que se menciona y que expidió para estos efectos, no discrimina según lo consignado en la propuesta respectiva, el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación y el valor ex-fábrica de los bienes terminados ofrecidos".

El Banco de la República, mediante el acto administrativo demandado (contenido en la planilla No. 004 de 27 de febrero de 1987) reconoció a favor de la demandada el derecho a certificados de reembolso tributario CERT por valor de $1.247.000.oo, más la suma de $74.83 en dinero en efectivo, los cuales le fueron entregados a Metalúrgica Torino S.A., por conducto del intermediario financiero (Banco del Estado), el 27 de febrero de 1987.

LA DEMANDA

El Banco de la República demandó su propio acto, porque consideró que con él se habían violado los artículos 20 de la Constitución de 1886; 11 de la Ley 48 de 1983; 1o., 2o., 3o., 4o., 7o. y 8o. del Decreto 1518 de 1984; el Decreto 636 de 1984 en armonía con el artículo 1o. del Decreto 2847 de 1985 y, los artículos 84 y 85 del Decreto-Ley 01 de 1984.

En la demanda, la apoderada del Banco actor, refiere sobre los antecedentes legales del incentivo tributario denominado Certificado de Reembolso Tributario –CERT–, sobre las normas que lo desarrollan y reglamentan y, lo relacionado con los requisitos que deben cumplir los proveedores de bienes nacionales favorecidos en licitaciones internacionales abiertos en Colombia.

Posteriormente, al explicar el concepto de la violación afirmó que:

–La certificación expedida el 21 de febrero de 1986 por las Empresas Municipales de Cúcuta sobre el valor agregado nacional del contrato No. PZA-006, no detalla de manera clara el valor agregado nacional de los productos objeto del contrato, y no dice si el valor agregado nacional del contrato se determinó de acuerdo con lo indicado en el Decreto 1355 de 1984 y su modificatorio el 2847 de 1985, motivo por el cual, tal certificación no podía servir de base al Banco de la República para proceder, como lo

hizo, a reconocer CERT equivalentes al 20% de un valor agregado nacional que no se acreditó plenamente.

– Por otra parte, la solicitud de CERT No. 257 de 11 de junio de 1986 fue presentada extemporáneamente ya que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 8o. del Decreto 1518 de 1984 y 11 del Decreto 636 de 1984, tal solicitud debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de perfeccionamiento del respectivo contrato. En este caso, tal como lo manifestaron las Empresas Municipales de Cúcuta en la certificación del 12 de febrero de 1986, la fecha de legalización del contrato fue el 7 de octubre de 1985 y por lo tanto, el plazo para que el interesado presentara la correspondiente solicitud de CERT vencía a los seis (6) meses, ésto es, el 7 de abril de 1986.

– De conformidad con los Decretos 1355 y 1518 de 1984, 2847 de 1985 y 222 de 1983, el "proveedor" de los bienes nacionales también debe ser el "productor" de los mismos.

LA OPOSICION

El apoderado de la sociedad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que:

1. Con respecto al "plazo" para que los proveedores nacionales que participan en licitaciones públicas internacionales abiertas en Colombia presenten la solicitud de entrega de CERT, señaló que ni la Ley 48 de 1983, ni los Decretos 636 y 1518 de 1984, determinaron plazo alguno para la presentación de tal solicitud.

No obstante lo anterior, la sociedad demandada presentó ante el Banco de la República la solicitud de CERT dentro de los seis (6) meses, que deben empezar a contarse desde el pago o desde el cumplimiento del contrato por parte del proveedor y no, desde la suscripción del contrato.

2. En relación con la certificación sobre el valor agregado nacional, expedida por las Empresas Municipales de Cúcuta, indicó que constituye un documento público que no ha sido tachado de falso y que goza de la presunción de veracidad.

3. En cuanto a la condición de "productor", revisadas las disposiciones aplicables, en ninguna de ellas se establece que los adjudicados de contratos en desarrollo de licitaciones públicas internacionales abiertas en Colombia, además de "proveedores" deben ser "productores".

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, caducidad de la acción, falta de agotamiento de la vía gubernativa, indebida acumulación de pretensiones y falta de jurisdicción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones propuestas y desestimó las súplicas de la demanda.

Examinó las excepciones así:

– Falta de legitimación en la causa.

El Banco de la República es una entidad pública, con naturaleza jurídica especial y que, de conformidad con lo establecido en el artículo 149 del C.C.A., puede actuar como demandante o demandado en los procesos contencioso administrativos.

– Caducidad de la Acción.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del C.C.A., el Banco de la República (entidad pública) para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dispone del término de dos (2) años. Teniendo en cuenta que el acto administrativo impugnado fue expedido el 27 de febrero de 1987 (fecha en que fueron entregados los CERT) y la demanda fue presentada el 24 de febrero de 1989, el Tribunal concluyó que no se presentó la alegada caducidad de la acción.

– Falta de Agotamiento de la Vía Gubernativa.

En este caso, el Estado no está obligado a agotar la vía gubernativa interponiendo el único recurso procedente (reposición), porque tal recurso no es obligatorio y de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 del C.C.A., el agotamiento de la vía gubernativa acontecerá cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o queja.

– Indebida Acumulación de Pretensiones.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del C.C.A., toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la "nulidad del acto administrativo" y el "correspondiente restablecimiento del derecho".

– Falta de Jurisdicción.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 82 del C.C.A., el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas, en consecuencia, como en el *sub-júdice* el objeto de la acción de lesividad promovida por el Banco de la República, es el de obtener la nulidad de un acto administrativo, originado en la actividad del Banco en el ejercicio de su función pública, la justicia ordinaria no tiene

competencia ya que, el control de legalidad de los actos administrativos está asignada al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Con respecto al fondo del asunto, el Tribunal argumentó que:

1. En relación con la posición del actor, en el sentido de que el término "proveedor" debe entenderse como sinónimo de "productor o fabricante del bien", el *a-quo,* con fundamento en la Ley 48 de 1983, en los Decretos 1355, 1356 y 1518 de 1984, 2847 de 1985, 222 de 1983 y, en jurisprudencia de ese Tribunal, señaló por una parte, que la voluntad del legislador se concreta en estimular la industria y los sectores "productivos" nacionales y por otra, que para tener derecho a los CERT se debe tener la calidad de "proveedor de bienes nacionales".

2. Con respecto a la certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional (fl. 40), el Tribunal estimó que no se especificó el valor agregado de acuerdo con el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984, modificado por el Decreto 2847 de 1985, porque no se discriminó el valor CIF libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios pero, tal cargo no prospera porque de acuerdo con el dictamen pericial (fl. 202), la demandada se destaca como proveedora dentro del territorio nacional de sus productos elaborados cien por ciento.

Al respecto citó y transcribió la providencia del Consejo de Estado de 25 de junio de 1993, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

3. La solicitud de los CERT dentro de los seis (6) meses.

Con base en la sentencia del Consejo de Estado de 24 de junio de 1992, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos, señaló que el hecho que debe tenerse en cuenta para contabilizar los seis (6) meses es el "perfeccionamiento del contrato".

Pero, como en el certificado expedido por las Empresas Municipales de Cúcuta, no se expresa en forma clara la fecha en que se perfeccionó el contrato, ni obra prueba alguna que acredite este aspecto jurídico, no es posible concluir que la solicitud de CERT fue presentada con posterioridad a los seis (6) meses de perfeccionado el contrato, y por lo tanto, no puede prosperar el cargo.

LA APELACION

La apoderada del Banco de la República interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó así:

1. Como la certificación expedida el 21 de febrero de 1986 por las Empresas Municipales de Cúcuta sobre el valor agregado nacional del contrato en comento, no detalla de manera clara el valor agregado nacional de los productos objeto del contrato ni señala si el valor agregado nacional se determinó de acuerdo con lo indicado en los

Decretos 1355 de 1984 y su modificatorio 2847 de 1985, tal certificación no podía servir de base al Banco de la República para proceder a reconocer los CERT a la sociedad demandada, equivalentes al 20% de un valor agregado nacional que no se acreditó plenamente.

2. En relación con el plazo de los seis (6) meses para la presentación de la solicitud de CERT, la apoderada del Banco apelante señaló que, la certificación de 21 de febrero de 1986 se refiere al contrato No. PZA-006 de 7 de octubre de 1986 y, la firma de tal contrato se llevó a cabo el 16 de julio de 1985.

De acuerdo con lo anterior, dentro del expediente se tienen probados dos fechas: la firma del contrato (el 16 de julio de 1985) y la que se menciona en la certificación (7 de octubre de 1985).

Contados los seis (6) meses a que se refieren los artículos 8o. del Decreto 1518 de 1984 y 11 del Decreto 636 del mismo año) que tenían los interesados para presentar la solicitud de CERT, desde cualquiera de estas dos fechas, se tiene que la solicitud No. 257 del 11 de junio de 1986, fue presentada extemporáneamente.

Por otra parte, la demandada no cumplió con el requisito consagrado en el artículo 3o. del Decreto 1518 de 1984, consistente en la presentación por parte del interesado al Banco de la República, de copia auténtica del contrato perfeccionado.

ALEGATOS DE CONCLUSION

– La apoderada del Banco de la República, dentro de esta oportunidad procesal, manifestó que solicitaba que como alegatos de segunda instancia fueran tenidos en cuenta las consideraciones presentadas en el escrito de sustentación del recurso de apelación.

– El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación solicitó la confirmación de la sentencia recurrida, con fundamento en los siguientes argumentos:

Con base en las normas aplicables sobre la materia (Ley 48 de 1983 y Decretos 1518, 1355 y 636 de 1984), para la procedencia de los CERT no es necesario acreditar que los "proveedores de bienes nacionales" tengan la calidad de "productores".

En relación con la certificación sobre el valor agregado nacional, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1355 y 1518 de 1984 y, 2847 de 1985, las exigencias a las que se refiere el demandante no están consagradas en tales normas y, la referida certificación se presume ajustada a la ley y es de obligatorio cumplimiento mientras no sea suspendida o anulada por la jurisdicción contenciosa.

Con respecto al plazo para la presentación de las solicitudes de CERT, el colaborador fiscal consideró que se debía rechazar el cargo de la extemporaneidad,

porque el artículo 11 literal d) del Decreto 636 de 1984 se refiere únicamente a las solicitudes de reconocimiento de CERT que tienen su origen en "exportaciones" y el plazo máximo de seis (6) meses se cuenta a partir del reintegro de las divisas.

Finalmente alegó que en ninguna de las disposiciones sobre los CERT se dice que en el caso de los proveedores la solicitud debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha del perfeccionamiento del contrato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, la controversia de fondo planteada se concreta en determinar si la sociedad demandada Compañía Metalúrgica Torino S.A., reúne o no los requisitos legales para tener derecho al beneficio tributario denominado CERT.

La Ley 48 de 1983 "ley Marco del comercio exterior", contiene las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior.

Tal ley estableció dentro de sus objetivos el de "promover las exportaciones de bienes y servicios, su diversificación y estimular la industria y los sectores productivos nacionales". En su artículo 2o. creó, con el propósito antes citado, el certificado de reembolso tributario CERT y en el artículo 11 estableció que el Fondo de Promoción de Exportaciones podría financiar la participación de proveedores nacionales de bienes y servicios en licitaciones internacionales.

En desarrollo de esta ley Marco, el Gobierno expidió los Decretos 636 de 1984, estatuto a través del cual reglamentó el CERT, 1518 de 1984, por el cual reglamentó el CERT para los proveedores nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia, y 1336 de 1984, en relación con la protección a la industria y al trabajo nacionales.

Por otra parte, el Gobierno expidió el Decreto 1355 de 1984 y reglamentó parcialmente a través de éste el Decreto 222 de 1983. En el artículo 1o. del Decreto 1355 se estableció qué se debía entender por bienes de origen nacional, tal artículo fue modificado por el Decreto 2847 de 1985.

Las normas pertinentes consagradas en los Decretos antes mencionados, establecen:

Artículos 1o, 2o., 3o., 4o., 8o., y 9o. del Decreto 1518 de 1984.

> "Artículo 1o.– Los proveedores de bienes nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos resultantes de licitaciones internacionales, abiertas por las entidades oficiales para adquirir bienes financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con

instituciones financieras internacionales de carácter público, tendrán derecho al Certificado de Reembolso Tributario, CERT, en las condiciones y términos establecidos en el presente Decreto.

"Artículo 2o.– Para los efectos de este Decreto se consideran bienes nacionales aquellos establecidos en el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984 y en el artículo 2o. del Decreto 1356 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 consideran, igualmente, proveedores nacionales.

"Artículo 3o.– La certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y determinado con arreglo al artículo anterior, junto con copia autenticada del contrato perfeccionado, presentados por las personas a que se 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 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.

.....

"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.

"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".

Artículo 11 literal d) del Decreto 636 de 1984.

"Artículo 11.– De los requisitos.....

"d) Que la solicitud de entrega de los certificados de Reembolso Tributario se presente dentro de un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha del respectivo reintegro de divisas".

.....

Artículo 1o. del Decreto 2847 de 1985:

"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 ex-fábrica de los bienes terminados ofrecidos".

De conformidad con las normas transcritas, para que proveedores nacionales que hayan participado en licitaciones internacionales tengan derecho a los Certificados de Reembolso Tributario CERT, deben cumplir los siguientes requisitos:

a. Que se trate de proveedores de bienes nacionales, entendidos por tales, los que reúnan las características establecidas en el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984, el cual fue modificado por el Decreto 2847 de 1985.

b. Que a los proveedores de bienes nacionales se les haya adjudicado un contrato en licitación internacional abierta en Colombia, por una entidad oficial.

c. Que los bienes a adquirir hayan sido financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público.

d. Certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acrecitado en la oferta y determinado de conformidad con el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984, modificado por el artículo 1o. del Decreto 2847 de 1985.

e. Allegar con la solicitud copia autenticada del contrato perfeccionado.

f. Presentación de la solicitud al Banco de la República, dentro de los seis (6) meses siguientes al perfeccionamiento del contrato.

Al respecto observa la Sala que, examinado el expediente, se encuentra plenamente demostrado el cumplimiento de los requisitos señalados en los literales "b", "c" y "f", respecto de los cuales el demandante no pone ningún reparo.

En relación con el requisito del literal "e", la Sala, a diferencia de lo señalado por la apoderada del Banco apelante, observa que tal requisito se cumplió toda vez que, la sociedad demandada allegó con la solicitud de CERT No. 257 de 11 de junio de 1986, copia autenticada del contrato No. PZA-006 (fls. 27 a 39).

El requisito del literal "a" se relaciona directamente con el del literal "d" puesto que la calidad de proveedor de bienes nacionales se adquiere si éstos reúnen los requerimientos indicados en el artículo 1o. del Decreto 2847 de 1985, resultando así que los bienes otorgan al contratista la calidad de proveedor nacional y, la prueba de que dichos bienes son nacionales, atendiendo su valor agregado nacional, la constituye la certificación expedida por la entidad licitante (fl. 40).

Revisado el expediente, se encuentra que la sociedad Compañía Metalúrgica Torino S.A., realizó las gestiones señaladas por la Ley (Decreto 1518 de 1984) para la obtención de la certificación mencionada en el literal "d" precedente y, que ésta fue efectivamente expedida sin que aparezca en los antecedentes administrativos algún trámite o constancia que descalifiquen esta actuación del contratista.

Para la Sala, la sociedad demandada obró conforme a derecho y con su oferta procuró los medios necesarios para que las Empresas Municipales de Cúcuta certificaran el valor agregado nacional de los bienes contratados, resultando así que las dudas surgidas en relación con el mencionado documento no pueden resolverse en esta instancia ya que dicha certificación, constituye un "documento público auténtico" que no ha sido cuestionado y que por lo tanto, no puede invalidarse en este proceso.

De otra parte, considera la Sala que no existe normatividad alguna ni puede inferirse de los textos legales invocados que en la certificación deba dejarse constancia de la utilización de un método especial de cálculo para demostrar el origen nacional de los bienes y su valor agregado. En conclusión, cualquier regla al respecto habrá de tenerse como dirigida a la entidad licitante y no como una carga del contratista.

En este sentido se pronunció la Sala en las sentencias de 11 y 25 de junio de 1993, expedientes 4706 y 4741, respectivamente, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

En relación con la aplicabilidad del plazo consagrado en el literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984 a las solicitudes de entrega del CERT presentadas por los proveedores nacionales en licitaciones abiertas en Colombia, esta Corporación, así como lo señaló el Tribunal, se pronunció en la sentencia de 24 de julio de 1992, expediente 3937, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos (reiterada en las sentencias de 7 de junio de 1993, expediente 4716; 30 de julio de 1993, expediente 4685; 28 de enero de 1994, expedientes 4791, 4894 y 4895; 7 de abril de 1994, expediente 5160).

En tal oportunidad la Sala dijo:

> "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" (Artículo 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 expedición 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 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 sean 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, frente 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 solo 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.

"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 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 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 licitaciones 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 solo 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 aun 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 y 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 destaca) 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 11o.?

"A juicio de la Sala, no es posible tal interpretación, el reconocimiento que hace la norma de los CERT, está condicionado 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".

En el *sub-lite*, el perfeccionamiento del contrato No. PZA-006 suscrito entre las Empresas Municipales de Cúcuta y la sociedad demandada, ocurrió el 7 de octubre de 1985, fecha en la que, quedó legalizado el referido contrato y respecto de la cual no fue aportada prueba en contrario que la desvirtuara, de conformidad con la certificación suscrita por el Gerente General de las Empresas Municipales de Cúcuta (fl. 40).

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que la sociedad demandada presentó la solicitud para el reconocimiento del CERT el 11 de junio de 1986 (fl. 27), ésto es, después de los seis (6) meses contados a partir del perfeccionamiento del contrato, la Sala procederá a revocar el numeral 2o. de la decisión del *a-quo* y en su lugar, a declarar la nulidad del acto administrativo demandado y a ordenar que la demandada reintegre al Banco de la República Certificados de Reembolso Tributario, CERT, por un valor equivalente de $1.247.000.oo, más la suma de $74.83 en dinero en efectivo o en su defecto, devuelva en dinero en efectivo los valores antes señalados, actualizados en uno u otro caso, tomando como base el índice de precios al consumidor que certifique el DANE.

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:

Revócase el numeral 2o. de la sentencia apelada y en su lugar, declárase la nulidad del acto administrativo demandado expedido por el Banco de la República y ordénase a la sociedad demandada reintegrar al Banco de la República Certificados de Reembolso Tributario, CERT, por un valor equivalente a UN MILLON DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL PESOS ($1.247.000.oo) más la suma de SETENTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA Y TRES CENTAVOS ($74.83) en dinero en efectivo, o en su defecto, devolver en dinero en efectivo los valores antes señalados, actualizados en uno y otro caso, tomando como base el índice de precios al consumidor que certifique el DANE.

Confírmanse los demás numerales de la sentencia apelada.

Se reconoce a la doctora MARIA DE LAS MERCEDES G. STELLA URIBE como apoderada del Banco de la República, 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 Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DOCUMENTO EXTERNO/LIBROS DE CONTABILIDAD–Valor Probatorio/ **DOCUMENTO FUENTE/ASIENTO CONTABLE**

Evidentemente para que los libros sean "prueba suficiente" en materia fiscal es requisito que reflejen completamente la situación del contribuyente y que los asientos estén respaldados por comprobantes internos y externos. El contexto del art. 1o. del Decreto 1495 de 1978 permite determinar que el comprobante externo de contabilidad, soporte del asiento, contrariamente a lo expuesto por la administración puede ser elaborado por el contribuyente, para registrar operaciones con terceros. Este comprobante es independiente y diferente del documento fuente, en el cual puede intervenir el propio contribuyente (deudor de un crédito, factura o tiquete de venta, recibo de caja), el contribuyente y el otro sujeto de la relación contractual activo pasivo (escrituras de compra, contrato de arriendo, contrato de suministro, etc.) e incluso puede corresponder a documentos suscritos por terceros (compra-venta de factoring de créditos, o de toda clase de derechos y obligaciones, así como la negociación de títulos valores por terceros, etc.). Entonces mal puede argumentarse que en todos los casos, para el debido asiento contable sea indispensable la existencia física o documento externo, porque desde ese punto de vista al que suscribe un título valor como girador, otorgante, endosante, etc., que para efectos de la titularidad del documento y ejercicio del derecho en él incorporado debe entregar, no estaría en posibilidad de asentar la operación por ausencia física del documento.

SANCION POR LIBROS–Improcedencia/**PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA**

Como del acervo probatorio se concluye que la actora no incurrió en ninguno de los hechos de los arts. 34 del Decreto 2821 y 56 del Decreto 3803 de 1982 que establecen irregularidades de la contabilidad, únicas

normas frente a las cuales debía analizarse la supuesta conducta infractora, en virtud del principio de legalidad que exige la preexistencia de una norma que contemple el hecho infractor con anterioridad a su comisión. Así mismo en la cuantificación de la sanción, debieron aplicarse los montos establecidos en el art. 67 del Decreto 3803 de 1982, vigente cuando se cometió el hecho, y no la determinada en el art. 64 del Decreto 2503 de 1987 que invocó la Administración entre los fundamentos legales del acto acusado, desconociendo el principio de legalidad de la pena. Luego la sanción por libros impuesta con base en normas que no existían cuando se cometió el hecho calificado como irregular, incurrió adicionalmente en violación de la Ley.

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

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5288. Actor: Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. Nit 890.900.024. Apelación de la sentencia del 8 de octubre de 1993, Tribunal Administrativo de Antioquia. Impuestos. Sanción por libros 1985. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 8 de octubre de 1993, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad GRAN CADENA DE ALMACENES COLOMBIANOS S.A, NIT 890.900.024, contra los actos administrativos que le impusieron sanción por libros de contabilidad, por el período gravable de 1985.

ANTECEDENTES

Previa inspección a la contabilidad de la contribuyente, ordenada por Auto R-068 del 23 de octubre de 1986, la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, le propuso la modificación de su liquidación privada, como consecuencia del desconocimiento de las compras por $54.010.298, descuentos por $20.949.150, pasivos por $3.293.805 y las sanciones por libros de contabilidad y por no identificar los beneficiarios de los pasivos.

Habiéndose respondido el requerimiento la Administración practicó la liquidación oficial de revisión No. 11248700024, concretando la propuesta formulada, salvo en lo concerniente al total de descuentos solicitados, pero como la renta presuntiva era mayor que la ordinaria, liquidó el impuesto sobre ésta.

Contra dicho acto administrativo la sociedad interpuso recurso de reconsideración que fue decidido por la Administración mediante la Resolución 005 del 2 de marzo de 1989, en la cual mantuvo la sanción por libros por $20.000.000.

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa, la contribuyente acudió ante el Tribunal Administrativo de Antioquia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, exponiendo que la Administración al determinar el impuesto, transgredió, además del artículo 26 de la Constitución Nacional, los artículos 33, 34 y 40 del Decreto Extraordinario 2821 de 1974, 84 de la Ley 09 de 1983, 1o. del Decreto 1495 de 1978 y 24 del Decreto 1813 de 1984; especialmente, en cuanto al imponer la sanción desconoció la naturaleza de comprobantes externos de los documentos aportados en la vía gubernativa, y el hecho de que la contabilidad sí reflejaba el estado económico real de la empresa.

Acusa violación de los artículos 63 y 64 del Decreto 2503 de 1987 por indebida aplicación, pues no podía la Administración imponer la sanción con base en las causales establecidas en estas normas dándole aplicación retroactiva, cuando ha debido aplicar los artículos 83 y 84 de la Ley 09 de 1983.

Pide se anule la sanción impuesta y subsidiariamente que la imposición de la sanción se calcule con base en los artículos 83 y 84 de la Ley 09 de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda considerando que los cheques, con que se respaldaron las compras, no constituían soportes externos y que compartía los argumentos expuestos por la Administración al imponer la sanción, los que transcribe en su integridad.

LA APELACION

El apoderado de la actora al apelar la sentencia, luego de hacer una síntesis de los hechos de la demanda, señala que no se cuestiona la validez de las compras, ni se afirma que no se hubiera efectuado realmente el gasto, porque éstas hipótesis quedaron descartadas desde la respuesta al requerimiento especial con las pruebas aportadas y las investigaciones realizadas por los funcionarios que practicaron la visita, los cuales profundizaron, para llegar a establecer quiénes fueron los verdaderos beneficiarios de los pagos, y si la realidad del gasto no se hubiera comprobado, la Administración hubiera impuesto sanción por inexactitud.

Señala, que la única duda que quedaba era la relacionada con el pasivo con Bartoplás por $3.923.805, y que para dilucidarla se solicitó el peritazgo contable

ordenado por el *a-quo*, el que explicó en forma clara y didáctica que los estados financieros no habían sido alterados, sino que se trataba de errada información en la declaración de renta, hecho que demuestra que la contabilidad de la empresa sí refleja razonablemente su situación económica y financiera, hasta el punto que permitió a la Administración determinar todas y cada una de las bases gravables y el impuesto a pagar.

Entonces la discusión se refiere a los soportes contables.

Llama la atención del Consejo acerca del hecho que después de 6 meses de investigación por parte de la Administración, durante los cuales se analizó la contabilidad y sus comprobantes, la glosa se formuló por una suma tan pequeña de compras que atendido el volumen de las mismas en miles de millones de pesos, no es significativa.

Reitera el carácter de externos de los comprobantes de contabilidad presentados, frente al artículo 53 del Código de Comercio y 1o. del Decreto 1495 de 1978 porque reúnen los requisitos allí exigidos, tales como los establecidos para las facturas por los Decretos 570 de 1984 artículo 12, y 1813 de 1984, artículo 24, ambos reglamentarios del Decreto 3541 de 1983; el cual en materia del impuesto sobre las ventas establece las exigencias para el reconocimiento de los impuestos descontables.

Señala cómo el Tribunal no se pronunció sobre el pasivo rechazado frente a la prueba practicada, ni analizó los fundamentos expuestos sobre la indebida cuantificación del tributo y la indebida aplicación del Decreto 2503 de 1987 artículos 63 y 64.

Cita en apoyo la sentencia del 6 de agosto de 1993, expediente 4111, Ponente Doctor Delio Gómez Leyva y pide se revoque la sentencia apelada y se acceda a las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La demandada.

Al alegar de conclusión, reitera los argumentos expuestos por la Administración al imponer la sanción por libros con fundamento en los artículos 51, 53 y 944 del Código de Comercio; 30 y 40 numeral 2o. del Decreto 2821 de 1974.

Concluye que ni las pretendidas facturas elaboradas por la misma sociedad, ni los cheques por ella girados son prueba de los debidos soportes externos requeridos por la Administración.

Pide se confirme la sentencia.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación no se pronunció.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el acta de inspección se consignan las siguientes observaciones:

"Sanciones:

"La ausencia de documentos externos que respaldan los registros contables y la inclusión de datos equivocados, no reflejan de manera razonable el movimiento del negocio ni permiten conocer la verdadera situación económica de la empresa, constituyendo hechos irregulares sancionables de acuerdo a normas fiscales establecidas por la legislación tributaria".

"La no identificación de beneficiarios en la declaración tributaria de costos, deducciones y pasivos, será sancionable de conformidad con las normas fiscales establecidas por la legislación tributaria".

La falta se concreto y sancionó en el acto administrativo de determinación del tributo así:

"Sanciones.

"La ausencia de comprobantes externos que permitan acreditar contablemente compras de ganado por valor de $54.010.298 y la inclusión de pasivos equivocados por la cantidad de $3.293.805, no reflejan de manera razonable, ni permiten conocer la verdadera situación económica y financiera de la empresa constituyendo hechos irregulares de conformidad con los Arts. 33 y 40 del Decreto 2821 de 1974; 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982; 83 y 84 de la Ley 9a. de 1983 y 51, 53 y 59 del Código de Comercio y **Art. 64 Decreto 2503 de 1987.**

"No obstante **haberse comprobado las compras y pasivos mal identificados** le será aplicada la sanción de conformidad con lo establecido por el Art. 59 Decreto 3803 de 1982; y Art. 16 Decreto 398 de 1983..." (destaca la Sala).

La sanción impuesta, según lo expuesto en el Código FR del formulario de liquidación oficial, fue la mínima de $20.000.000.

Al resolver el recurso tributario, la Administración precisó que el comprobante externo de contabilidad no puede ser elaborado por el contribuyente sino que debe serlo por el tercero, tal como lo señala el artículo 1o. del Decreto 1495.

Disponen los artículos 51, 53 y 59 del Código de Comercio:

"Artículo 51. Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios".

"Artículo 53. En los libros se asentarán en orden cronológico las operaciones mercantiles y todas aquellas que puedan influir en el patrimonio del comerciante, haciendo referencia a los comprobantes de contabilidad que las respalden.

"El comprobante de contabilidad es el documento que debe elaborarse previamente al registro de cualquier operación y en el cual se indicará el número, fecha, origen, descripción y cuantía de la operación, así como las cuentas afectadas con el asiento. A cada comprobante se anexarán los documentos que lo justifiquen".

"Artículo 59. Entre los asientos de los libros y los comprobantes de las cuentas, existirá la debida correspondencia, so pena de que carezcan de eficacia probatoria, en favor del comerciante obligado a llevarlos" (destaca la Sala).

A su vez el artículo 40 del Decreto 2821 de 1974, entonces vigente, señalaba que:

"Tanto para los comerciantes como para quienes no estando legalmente obligados lleven libros de contabilidad, éstos serán prueba suficiente, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

"1. Estar registrados en la Cámara de Comercio o en la Administración de Impuestos Nacionales, según el caso;

"2. Estar respaldado por comprobantes internos y externos;

"3. Reflejar completamente la situación de la entidad o persona natural;

"4. No haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la ley;

"5. No encontrarse en las circunstancias del artículo 74 del Código de Comercio".

Es decir, que evidentemente para que los libros sean "prueba suficiente" en materia fiscal es requisito que reflejen completamente la situación del contribuyente y que los asientos estén respaldados por comprobantes internos y externos.

Comprobantes externos, como lo precisa el Código de Comercio en el artículo 53 inciso 2o. antes transcrito y como lo reitera el artículo 1o. del Decreto 1495 de 1978 artículo 1o. inciso 3o. son: "los documentos que se producen para registrar

operaciones realizadas con terceros, como las **facturas de venta,** los recibos de caja, los comprobantes de pago, los comprobantes de devoluciones, etc., y deben contener la fecha de expedición, número de serie, detalle, valor y forma de pago, **cuando fuere necesario".**

El contexto de la norma permite determinar que el comprobante externo de contabilidad, soporte del asiento, contrariamente a lo expuesto por la Administración puede ser elaborado por el contribuyente, para registrar operaciones con terceros.

Este comprobante es independiente y diferente del documento fuente, en el cual puede intervenir el propio contribuyente (deudor de un crédito, factura o tiquete de venta, recibo de caja), el contribuyente y el otro sujeto de la relación contractual activo pasivo (escrituras de compra, contrato de arriendo, contrato de suministro, etc.), e incluso puede corresponder a documentos suscritos por terceros (compra-venta de factoring de créditos, o de toda clase de derechos y obligaciones, así como la negociación de títulos valores otorgados por terceros, etc.).

Entonces, mal puede argumentarse que en **todos** los casos, para el debido asiento contable sea indispensable la existencia física o documento externo, porque desde este punto de vista el que suscribe un título valor como girador, endosante, etc., que para efectos de la titularidad del documento y ejercicio del derecho en él incorporado debe entregar, no estaría en posibilidad de asentar la operación por ausencia física del documento. Tampoco el pagaré entregado por el deudor a favor del acreedor, en virtud de un préstamo de dinero constituiría documento externo por haber sido suscrito por éste y entonces se le colocaría en imposibilidad absoluta de registrar su operación. Incluso el documento podría no existir, sin que por ello pueda deducirse inexorablemente que la falta de documento impide la elaboración del soporte externo de contabilidad que permite el asiento contable, como tampoco que su ausencia implique transgresión a las normas de contabilidad y es por ello que el artículo 1o. inciso 3o. del Decreto 1495 de 1978, consagra la expresión: "cuando fuere pertinente".

Entonces con mayor razón, cuando el contribuyente conocedor de la realidad de negociación en algunos sectores de la economía (compra de artículos en plaza, en ferias agrícolas o pecuarias, etc.), prudentemente elabora por sí mismo los documentos que han de servir para el registro de la operación realizada indicando el NIT del beneficiario, no puede afirmarse que no tiene el soporte documental de la transacción, cuando ésta además se ha comprobado con los títulos valores (cheques) girados para su pago, como se evidencia en el expediente al haberlos analizado y admitido la propia Administración, y allegado al proceso su copia, por haberlos solicitado el Tribunal a las respectivas entidades bancarias, a petición de la demandante.

Tampoco puede deducirse que la contabilidad de la actora no reflejaba la situación económica de la misma por el hecho de haber incurrido en un error al

registrar la cuenta con Bartoplás porque el Código de Comercio en su artículo 57 numeral 3o. previendo la posibilidad del error humano, permite que cualquier error u omisión en la contabilidad se salve con un nuevo asiento en la fecha que se advierte.

En este orden de ideas el comprobante de contabilidad 072238 de abril 25 de 1986, en virtud del cual se reversa el saldo de la subcuenta 532, en relación con Industrias Bartoplás, se justifica frente a la ley, ya que su corrección se efectuó con anterioridad a la fecha de la inspección contable realizada por la Administración, que concluyó el 15 de abril de 1987, como claramente se expresa a folios 18 y 22 del Acta.

En segundo lugar, el dictamen pericial ordenado por el auto del 27 de marzo de 1990, no objetado por la demandada en la oportunidad debida, luego de indicar la situación de la actora en relación con el pasivo de Bartoplás frente al movimiento de las cuentas relacionadas con la transacción: 251.4, 529.8, 532.8 y 251.4, señala:

"...4. En el mes de abril de 1986, Cadenalco, al reconciliar la cuenta del proveedor Bartoplás, se dio cuenta que el anticipo que se había pagado a esta empresa no había quedado aplicado correctamente a la cuenta Bartoplás en razón del Nit. en 00000000 y procedió a corregir por medio de la Nota No. 072328 del 25-4-86.

"5. Como consecuencia de estas contabilizacones en la contabilidad de Cadenalco al 31-12-85 apareció una cuenta por pagar a Bartoplás por $3.292.805 y un débito en la misma cuenta, pero sin aplicar a un proveedor determinado, por la misma suma.

"6. CONCLUSIONES

"6.1. Realmente los estados financieros de Cadenalco no se alteraron al 31-12-85 y fueron exactos en cuanto a las cuentas por pagar porque la suma de $3.293.805 aparecía tanto en el débito como en el crédito.

"6.2. En razón de que el débito a la cuenta por pagar de Bartoplás se hizo con el Nit. en 00000000, no le quedó aplicado el anticipo; realmente Cadenalco no le debía a Bartoplás y la información que en este sentido presentó Cadenalco en la declaración de renta, estaba errada desde luego, pero no porque la contabilidad estuviera descuadrada ni mucho menos los estados financieros, sino simplemente porque el débito para cancelar la cuenta por pagar a Bartoplás, entró a la contabilidad con el Nit. en 00000000".

El acervo probatorio analizado permite concluir que la actora no incurrió en ninguno de los hechos que los artículos 34 del Decreto 2821 y 56 del Decreto 3803 de 1982 establecen como irregularidades de la contabilidad, únicas normas frente a las cuales debía analizarse la supuesta conducta infractora, en virtud del principio de

legalidad que exige la preexistencia de una norma que contemple el hecho infractor con anterioridad a su comisión, no siendo aplicable entonces el artículo 63 del Decreto 2503 de 1987, pues este decreto fue expedido con posterioridad de dos años a la comisión del hecho supuestamente irregular.

Así mismo en la cuantificación de la sanción, en el caso de que hubiese sido procedente, debieron aplicarse los montos establecidos en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, vigente cuando se cometió el hecho, y no la determinada en el artículo 64 del Decreto 2503 de 1987 que invocó la Administración entre los fundamentos legales del acto acusado, desconociendo el principio de legalidad de la pena.

Es evidente entonces que el acto administrativo al imponer la sanción por libros con base en normas que no existían cuando se cometió el hecho calificado como irregular e interpretando erradamente el Código de Comercio, incurrió adicionalmente en violación de la ley, por indebida aplicación de los artículos 63 y 64 del Decreto 2503 de 1987, y por lo tanto la sentencia de primera instancia deberá ser revocada para proceder a la nulidad del acto administrativo en cuanto impone la sanción.

En consecuencia, la liquidación oficial quedará así:

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
Renta gravable:		
La determinada presuntivamente por la Administración. Resolución 005 de marzo 2 de 1989. No varía.	$644.400.212	$265.760.085
Menos descuentos tributarios		$ 71.735.399
(No varían)		
Impuesto Neto de Renta		$194.024.686
Menos descuento 1%		$ 1.940.247
Impuesto de Renta por pagar		$192.084.439

Valor sobre el cual se imputarán las retenciones en la fuente que por la vigencia fiscal de 1985 haya acreditado la sociedad contribuyente.

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

FALLA:

1.– REVOCASE la sentencia apelada.

2.– ANULASE el acto administrativo de liquidación contenido en la liquidación de revisión No. 11248700024 del 5 de febrero de 1988 y la Resolución 005 de marzo 2 de 1989.

3.– En su lugar fíjase la suma de CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS ($192.084.439) el valor total del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1985, corresponde pagar a la sociedad GRAN CADENA DE ALMACENES COLOMBIANOS S.A., "CADENALCO", NIT 890.900.024, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

4.– RECONOCESE al doctor William Rivero Valderrama como apoderado de la demandada a términos del poder que obra a Folio 235 del expediente.

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.

PASIVO–Comprobación/**CREDITO**–Intereses/**CONTRATO DE MUTUO CIVIL/INGRESOS**–Contabilización

Sobre las exigencias a los contribuyentes no obligados a llevar contabilidad, de probar los pasivos con documento de fecha cierta y a falta de él, con el denuncio oportuno por parte del acreedor "de las cantidades respectivas y sus rendimientos" se tiene que la falta de rendimiento de un crédito en un año determinado puede tener su aplicación en dos consideraciones que se han esgrimido en este juicio, a saber: a) el mutuo civil (no el comercial) según los arts. 2221 y 2233 del Código Civil es naturalmente gratuito y causa intereses solo cuando se pactan entre las partes y b) el régimen de denuncio de ingresos general es el de caja o realización efectiva, el de causación es excepcional para quienes llevan contabilidad. De lo anterior surge que la prueba de los rendimientos, a más del valor del crédito, no siempre podrá exigirse como cuando se reúnen las condiciones anteriormente mencionadas de la clase de contrato y de régimen de denuncio de rentas, las cuales deben ser investigadas o demostradas por la Administración.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5280. Actor: María de los Angeles Santacruz de Medina. Impuesto Renta. Fallo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia emitida el 22 de octubre de 1993

por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la cual anuló los actos administrativos que fijaron el impuesto de renta y complementarios por el ejercicio fiscal de 1987 a cargo de la señora MARIA DE LOS ANGELES SANTACRUZ DE MEDINA.

ANTECEDENTES

Previa inspección tributaria y requerimiento especial la liquidación privada de la contribuyente fue modificada por liquidación de revisión en la cual la renta se determinó por el sistema de comparación de patrimonios, principalmente en razón a no ser aceptada como pasivo del cónyuge de la contribuyente, según la Administración por no estar soportado en documento de fecha cierta, ni cumplir con los requisitos de los artículos 283 y 770 del Estatuto Tributario, no obstante establecer que el acreedor declaró el pasivo pero sin determinar los rendimientos financieros (art. 771 E.T.).

Como consecuencia de lo anterior se aplicó el sistema de presunción de renta capitalizada y se impuso sanción por inexactitud ($156.000, originada en el citado pasivo rechazado y sobre la base patrimonial gravable). Por otra parte se reliquidaron los intereses causados por el mayor valor del anticipo 88 fijándolos en $266.597 en razón al pago de la liquidación de ese año que ya había hecho cuando se modificó su valor en la liquidación de revisión.

La sentencia impugnada aceptó los planteamientos del demandante, logrando la modificación de la renta gravable y reducción de la sanción por inexactitud. El cargo sobre reliquidación de los intereses sobre el anticipo no prosperó.

Por razón de la cuantía es procedente la apelación ya que la estimación de $1.668.000 superaba la cifra límite a la fecha de la demanda para los procesos de única instancia (diciembre 92: $1.570.000).

El tema central de la apelación radica en la errónea interpretación dada por el *a-quo* a la regulación de la prueba del pasivo en el caso de contribuyentes no obligados a llevar contabilidad por no ser comerciantes que consagra el Estatuto Tributario en el parágrafo del artículo 283, en el artículo 770 y en el 771 en los cuales se establece que los contribuyentes que no estén obligados a llevar libros de contabilidad, sólo podrán solicitar pasivos que estén debidamente respaldados por documentos de fecha cierta y que el incumplimiento a lo anterior, acarreará el desconocimiento de los pasivos, a menos que se pruebe que las cantidades respectivas y sus rendimientos, fueron oportunamente declarados por el beneficiario.

El Tribunal aceptó el pasivo con base en que según la misma Administración afirmó que el acreedor declaró el crédito pero no ocurrió lo mismo con los rendimientos, aspecto este último que no consideró procedente por considerar que tal requisito debe entenderse cuando exista obligación de cancelarlos y no hay prueba de ello en el expediente.

La Administración rechaza esta interpretación por ser contraria al texto de la ley y además porque nunca se demostró con documento de fecha cierta como lo ordena la legislación. La prueba supletoria exige dos requisitos y la falta de uno de ellos conlleva indudablemente a su rechazo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La deuda de $5.000.000 a favor del cónyuge se desconoció según el memorando explicativo de la liquidación de revisión "por no estar debidamente soportada con documento de fecha cierta", actuación que confirmó la Resolución que resolvió el recurso "por no cumplir con los lineamientos señalados en los artículos 283, 767, 770, 771 y 789 del Estatuto Tributario", o sea sobre las exigencias a los contribuyentes no obligados a llevar contabilidad, de probar los pasivos con documento de fecha cierta y a falta de él, con el denuncio oportuno por parte del acreedor "de las cantidades respectivas y sus rendimientos".

La tesis acogida por el Tribunal en el fallo apelado se basa parte en interpretación de las normas y parte en elementos fácticos específicos del caso examinado que se sintetizan en que:

> "Como fácilmente se deduce la no aceptación del pasivo por parte de la Administración, se debió a que el acreedor no declaró rendimientos como lo dispone la norma citada. Pero la obligatoriedad de declarar rendimiento por parte del beneficiario debe entenderse cuando exista la obligación de cancelarlos y, en el expediente no hay prueba que permita concluir que existió tal obligación, por cuanto en el requerimiento especial solamente se fundamenta en el hecho de que el pasivo debió generar rendimientos al tenor del artículo 771 del Estatuto Tributario, sin que siquiera exista un documento que pruebe la obligación del pago de los intereses o la naturaleza del contrato comercial del préstamo, hay una afirmación simple en ese sentido, en la providencia que desató el recurso de reconsideración".

En el caso que se juzga, considera la Sala que la decisión del *a-quo,* además de posibles deficiencias investigativas que se captan en los antecedentes, la interpretación de la norma sobre la falta de denuncio de rendimientos se puede deber a su inexistencia, caso en el cual la norma probatoria resulta de imposible cumplimiento.

La falta de rendimiento de un crédito en un año determinado puede tener su explicación en dos consideraciones que se han esgrimido en este juicio, a saber: a) el mutuo civil (no el comercial) según los artículos 2221 y 2233 del Código Civil es naturalmente gratuito y causa intereses sólo cuando se pactan entre las partes, y b) el régimen de denuncio de ingresos general es el de caja o realización efectiva, el de causación es excepcional para quienes llevan contabilidad.

De estas anotaciones surge que la prueba de los rendimientos, a más del valor del crédito, no siempre podrá exigirse como cuando se reúnen las condiciones anteriormente mencionadas de la clase de contrato y de régimen de denuncio de rentas, las cuales deben ser investigadas o demostradas por la Administración.

Con base en las anteriores consideraciones, será confirmada 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.

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 de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DEDUCCION TEORICA–Cálculo/ACTIVO NO MONETARIO/CUENTA CORRECCION MONETARIA/AJUSTES POR INFLACION

Los argumentos aducidos por la demandada no desvirtúan los que sirvieron de fundamento para decretar la suspensión provisional al considerar que el par. 2o. del art. 21 del provisional, introduce un factor no contemplado en la ley y que adicionó o modificó la enumeración precisa de los activos no monetarios contenida en el primer inciso de la norma legal. Se tiene que a primera vista aparece que la norma acusada incluye dos parágrafos que no contenía el art. 354 del Estatuto Tributario, entre ellos el parágrafo 2o. en donde se dice 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", factor no contemplado en la ley y que como se dijo en el auto recurrido adiciona o modifica la enumeración precisa de los activos no monetarios contenida en el primer inciso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5393. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. C/La Nación. Recurso de Reposición. Auto.

Conoce la Sala del recurso de reposición interpuesto por la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra el auto de marzo 3 de 1994.

ANTECEDENTES

Mediante el auto recurrido, la Corporación decidió admitir la demanda y suspender provisionalmente al parágrafo 2 del artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, rnodificado por el artículo 8 del Decreto 2591 de 1993.

Manifiesta la Sala que en principio está de acuerdo con los planteamientos del actor, por cuanto lo dispuesto en el parágrafo acusado aparece a primera vista como factor no contemplado en la ley, por lo que se justifica acceder a la suspensión provisional solicitada.

RECURSO DE REPOSICION

El apoderado judicial de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpone el recurso de reposición contra el auto de marzo 3 de 1994, proferido por el doctor Guillermo Chahín Lizcano, Magistrado Ponente de la Sección Cuarta de esta Corporación para que se revoque el auto recurrido, en el sentido de levantar la suspensión provisional discutida.

Expone las siguientes razones para sustentar su recurso.

En el caso de la disposición acusada no basta una confrontación directa con la norma de carácter superior, porque la complejidad del sistema integral de ajustes por inflación exige una interpretación rigurosamente técnica que implicaría un estudio de fondo, impropio de la medida cautelar, razón por la cual es pertinente la revocatoria de la suspensión provisional decretada, manteniendo la vigencia de la norma acusada hasta tanto se produzca el fallo de fondo, en aras de una correcta aplicación del sistema integral de ajustes por inflación.

CONSIDERACIONES

El problema a resolver por esta Sala consiste en determinar, si como lo afirma la demandada, se debe revocar la medida cautelar por la razón de que no basta una confrontación directa con el Estatuto Tributario artículo 394, porque la complejidad del sistema integral requiere un estudio de fondo.

Para resolver se considera:

Para la Sala es muy claro que para decretar la suspensión provisional de un acto administrativo, de acuerdo con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 243 de la Constitución Política "basta que haya una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

Ahora bien, los argumentos aducidos por la demandada no desvirtúan los que sirvieron de fundamento para decretar la suspensión provisional al considerar que el parágrafo 2o. del artículo 21 del decreto reglamentario, introduce un factor no contemplado en la ley y que adicionó o modificó la enumeración precisa de los activos no monetarios contenida en el primer inciso de la norma legal.

En efecto, realizando una nueva confrontación de las normas invocadas por el actor como manifiestamente violadas y el parágrafo 2o. del artículo 21 del decreto reglamentario 2075 del 23 de diciembre de 1992, reformado por el artículo 8o. del decreto reglamentario 2591 de 1993, tal como se hace a continuación:

Artículo 354 del Estatuto Tributario, cuyo texto es el siguiente:

"Por los años gravables de 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996 los contribuyentes que hayan efectuado los ajustes en la forma prevista en este título, y que al inicio de cada año presenten un patrimonio líquido inferior a la sumatoria de los activos no monetarios representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, inventarios, aportes en sociedades y acciones, tendrán derecho a una deducción teórica, que se determinará así:

"1. Se obtiene la diferencia entre los activos no monetarios ya señalados y el patrimonio líquido inicial".

"2. El resultado se multiplica por el 55% del PAAG para 1992".

"el 45% del PAAG para 1993"
"el 35% del PAAG para 1994"
"el 25% del PAAG para 1995"
"el 15% del PAAG para 1996"

"3. El resultado así obtenido constituye la deducción teórica del respectivo período, la cual podrá solicitarse hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria".

Artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, tal como quedó después de la reforma del artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, dice así:

"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, y que al inicio de cada año presenten un patrimonio líquido inferior a la sumatoria que a la misma fecha tenga el costo fiscal de los activos no monetarios representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, inventarios, aportes en sociedades y acciones, tendrán derecho a una deducción teórica, que se determinará así:

"1o. Se obtiene la diferencia entre los activos no monetarios señalados y el patrimonio líquido, al inicio del ejercicio".

"2o. El resultado se multiplica por"

"el 55% del PAAG para 1992"
"el 45% del PAAG para 1993"
"el 35% del PAAG para 1994"
"el 25% del PAAG para 1995"
"el 15% del PAAG para 1996"

"3o. 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 refieren los artículos 16 y 17 de este decreto".

"PAR.1o.– **Cuando se trate de sociedades que constituyan en el año el valor de los activos no monetarios será el que tengan al momento de su constitución".**

"PAR. 2o.– **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".**

"PAR. 3o.– Para los efectos de lo dispuesto en el numeral primero del presente artículo, cuando el patrimonio líquido inicial sea negativo, se tomará como diferencia el valor de los activos monetarios".

Se tiene que a primera vista aparece que la norma acusada incluye dos parágrafos que no contenía el artículo 354 del Estatuto Tributario, entre ellos el parágrafo 2o. en donde se dice 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", factor no contemplado en la ley y que como se dijo en el auto recurrido adiciona o modifica la enumeración precisa de los activos no monetarios contenida en el primer inciso.

En consecuencia y no habiéndose demostrado por el recurrente la improcedencia de la suspensión provisional decretada, es pertinente confirmar el auto recurrido.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Confírmase el auto recurrido de fecha marzo 3 de 1994.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE 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 Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD/COMPETENCIA FUNCIONAL/CONSEJO DE ESTADO/RETENCION EN LA FUENTE

El paso al nuevo orden constitucional tiene fundamental trascendencia en la tarea del control judicial que para salvaguardar y mantener la supremacía constitucional le compete a esta Corporación ejercer, pues según el art. 237 numeral 2o., se reafirma la competencia que tenía en vigencia de la Constitución derogada. En consecuencia, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 237 inciso 2o. de la Constitución Nacional, la Corporación deberá estudiar si evidentemente los decretos acusados infrigen el ordenamiento constitucional vigente, para lo cual se debe entonces precisar, previamente, cuál es la naturaleza y el carácter de la retención que se hace a los contribuyentes no declarantes del impuesto nacional sobre la renta, a fin de determinar si de acuerdo con la nueva Carta Constitucional, respecto de estos contribuyentes, la facultad ejercida por el Gobierno con fundamento en el Estatuto Tributario puede ser utilizada.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA–Restricción/**FACULTAD IMPOSITIVA NACIONAL/OBLIGACION TRIBUTARIA**–Elementos

En tiempo de paz únicamente el Congreso de manera primaria y las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales en forma secundaria pueden imponer contribuciones fiscales, de conformidad con la ley. No es permitido al Congreso transferir esta competencia al Presidente de la República revistiéndolo de facultades extraordinarias como solía hacerlo en vigencia de la Constitución Nacional de 1886. La ley fiscal no puede ser retroactiva, de suerte que las leyes de

impuestos 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. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. Así pues en vigencia de la nueva Constitución le está prohibido en tiempo de paz al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa fijar las tarifas del impuesto que se cobra a los contribuyentes.

RETENCION EN LA FUENTE/TARIFA/CONTRIBUYENTE NO DECLARANTE/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Respecto a los contribuyentes no declarantes, no hay duda de que por mandato legal –arts. 6o. y 244 del Estatuto Tributario–, el impuesto de renta es el que resulta al sumar las retenciones en la fuente, lo cual quiere decir, que el Presidente al fijar la tarifa de la retención en la fuente, consecuencialmente fija la tarifa del impuesto, que no es posible frente a lo dispuesto por el artículo 338 de la Carta. Al ser señalada la tarifa de retención para los contribuyentes no declarantes, en los decretos acusados, por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, violó no solo el art. 121 sino el 338 de la Constitución Nacional, toda vez que se arrogó atribuciones propias del Legislador, en quien radica única y exclusivamente el poder impositivo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4015. Actor: Héctor Raúl Corchuelo Navarrete. Acción de nulidad contra los artículos 1o. y 2o. del Decreto Reglamentario 2812 de 1991 y 1o. del Decreto 2866 de 1991 expedidos por el Gobierno Nacional. Fallo.

El ciudadano HECTOR RAUL CORCHUELO NAVARRETE en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, demanda la nulidad de los artículos 1o. y 2o. del Decreto Reglamentario 2812 del 17 de diciembre de 1991 y 1o. del Decreto 2866 expedido el 21 de diciembre de 1991 por el Gobierno Nacional, mediante los cuales fijó la tarifa de retención en la fuente por honorarios, comisiones y consultorías que tendrían vigencia a partir del 1o. de enero de 1992.

No observándose causal de nulidad alguna en el proceso, procede la Sala a dictar sentencia.

EL ACTO ACUSADO

Son los artículos 1o. y 2o. del Decreto 2812 de 1991 y 1o. del Decreto 2866 de 1991, que en su orden disponen:

Decreto 2812 de 1991.

"ARTICULO 1o. Tarifa general de retención en la fuente para honorarios y comisiones. A partir del 1o. de enero de 1992, el porcentaje de retención en la fuente a título del Impuesto sobre la Renta, sobre los pagos o abonos en cuenta que por concepto de honorarios y comisiones, hagan las personas jurídicas, las sociedades de hecho y las personas naturales que tengan la calidad de comerciantes y que en el año inmediatamente anterior tuvieren un patrimonio bruto o unos ingresos brutos superiores a ciento sesenta y ocho millones ochocientos mil pesos ($168.800.000.oo) de acuerdo con el artículo 368-2 del Estatuto Tributario, será del diez por ciento (10%) del respectivo pago o abono en cuenta.

"ARTICULO 2o. Tarifa de retención en los contratos de consultoría y de administración delegada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 1354 de 1987, a partir del 1o. de enero de 1992, la retención en la fuente por concepto de pagos o abonos en cuenta de contratos de consultoría que se rigen por las disposiciones del Decreto 222 de 1983, es del diez por ciento (10%). La misma tarifa se aplicará a los pagos o abonos en cuenta por concepto de honorarios en los contratos de administración delegada, a que se refiere el artículo 14 del Decreto 2509 de 1985".

Decreto 2866 de 1991.

"ARTICULO 1o. Tarifa de retención por otros ingresos tributarios a partir del 1o. de enero de 1992. A partir del 1o. de enero de 1992, el porcentaje de retención en la fuente a título de Impuesto sobre la Renta, sobre los pagos o abonos en cuenta que por los conceptos, a los que se refiere el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 1512 de 1985, hagan las personas jurídicas, las sociedades de hecho, y las personas naturales que tengan la calidad de comerciantes y que en el año inmediatamente anterior tuvieren un patrimonio bruto o unos ingresos brutos superiores a ciento sesenta y ocho millones ochocientos mil pesos ($168.800.000.oo) de acuerdo al artículo 368-2 del Estatuto Tributario será del tres por ciento (3%) del respectivo pago o abono en cuenta".

LA DEMANDA

La demanda persigue la nulidad de los artículos transcritos al considerar que el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 2812 artículos 1o. y 2o. de 1991 y 2866 de 1991 artículo 1o., violó la Constitución Nacional vigente en razón de que aumentó el impuesto sobre la renta para los contribuyentes no obligados a declarar, en cuanto para ellos eleva la tasa de tributación del 7 al 10% y del 2 al 3%, respectivamente.

Para efectos de determinar la violación de la norma superior contenida en el artículo 338 de la Constitución Nacional distingue, entre contribuyentes declarantes y no declarantes del impuesto sobre la renta, para predecir de éstos últimos, que de acuerdo con lo establecido por los artículos 244 y 594-1 del Estatuto Tributario, la retención en la fuente es impuesto y, por lo tanto, en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, artículos 4o., 215 y 338 no tenía competencia el Presidente de la República para modificar las tarifas de retención que estaban vigentes entonces, o sea, las fijadas en el artículo 1o. del Decreto 3715 de 1986 (7% para honorarios y comisiones) y 19 del Decreto 400 de 1987 (7% para los contratos de consultoría de que trata el Decreto 222 de 1983) y del 2% para otros ingresos tributarios (art. 5o. Decreto 836 de 1991).

Que siendo los Decretos 2812 y 2866 de 1991 de carácter reglamentario como ellos mismos lo enuncian, no podía el Gobierno, frente a la actual Constitución, modificar el impuesto sobre la renta por medio de un simple reglamento, y aun suponiendo que bajo la vigencia de la anterior Constitución si lo pudiera hacer, siendo la Carta Magna norma de normas, reforma y deroga toda las normas jurídicas anteriores, que le sean contrarias, no solo las de carácter constitucional sino legal o reglamentario.

Expone que según el artículo 150 numeral 12 de la Constitución Nacional, en concordancia con los citados en el aparte anterior, salvo lo dispuesto en los artículos 215 y 43 (transitorio), la facultad de establecer contribuciones fiscales corresponde única y exclusivamente al Congreso Nacional. Mal puede entonces el Gobierno hoy en día, pretender impúnemente aumentar impuestos a determinados contribuyentes, so pretexto de variar unas tasas de retención, sin hacer la salvedad de que tales variaciones no rigen para contribuyentes no obligados a declarar.

Como consecuencia de lo anterior acusa al Gobierno de transgredir el artículo 121 de la Carta que impide a cualquier autoridad ejercer funciones que no le competen y en el caso de autos, el Presidente pretende ejercer funciones privativas del Congreso e igualmente desconoce el artículo 189 de la Constitución Nacional numeral 10 y 11 que le dan como función la de obedecer las leyes y por ende la Constitución, velar por su estricto cumplimiento y con su facultad reglamentaria lograr la cumplida ejecución de las leyes, pero nunca su desconocimiento.

OPOSICION

La Nación a través de su apoderada judicial se opone a las pretensiones del actor al considerar que los cargos de violación de las normas identificadas en la demanda carecen de fundamento, porque tal y como puede constatarse de la lectura de las disposiciones con carácter de ley, que dieron origen al establecimiento de la retención en la fuente sobre pagos o abonos en cuenta por concepto de honorarios y comisiones, contratos de consultoría y todos aquellos que a la fecha de expedición del Decreto 1512 de 1985 no eran objeto de retención, se facultó directamente al Gobierno para realizar los ajustes de las tarifas que debían regir, fijando el tope máximo, dentro del cual deberían establecerse las mismas.

A renglón seguido expone, cómo el artículo 134 de la Ley 81 de 1960 concedió facultades extraordinarias al Gobierno con base en los cuales se expidió el Decreto 1651 de 1961, cuyo artículo 99 facultó al Gobierno para establecer retenciones en la fuente y determinar sus porcentajes tomando en consideración la cuantía de los pagos o abonos en cuenta y las tarifas del impuesto vigentes, e igualmente el artículo 392 del Estatuto Tributario faculta expresamente al Gobierno para determinar mediante decreto los porcentajes de retención en la fuente por concepto de honorarios y comisiones, sin que en ningún caso sobrepasen el 20% del respectivo pago o abono en cuenta, norma cuyo origen se remonta al inciso 2o. del parágrafo del artículo 31 de la Ley 20 de 1979.

Que así mismo, el articulo 401 del Estatuto Tributario consagró para otros pagos no sujetos a retención en la fuente, por corresponder a conceptos distintos a los existentes a la fecha de expedición de la Ley 50 de 1984, retención en la fuente cuyos porcentajes pueden ser fijados por el Gobierno, sin que se sobrepase el 3%.

Estima que tal facultad no es otra cosa que el producto del querer del legislador ordinario de transferir esta competencia al Gobierno, para que éste ejerza a su vez la atribución conferida por el artículo 120 numeral 11 de la Constitución Nacional y que la potestad ejercida por el Gobierno se ha realizado dentro de los límites señalados en la ley, disposiciones que subsisten en el régimen jurídico con posterioridad a la expedición de la Constitución Nacional de 1991 y que el ejercico de tal competencia debe ser valorado mediante el cotejo de los preceptos vigentes al tiempo en que se dio tal autorización, tal como lo definió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de noviembre de 1991, expediente 2284, cuyos apartes cita.

Invoca jurisprudencia de la Sala sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria para concluir que las normas acusadas se ajustan a la normatividad jurídica bajo la cual se han expedido.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El actor al alegar de conclusión precisa que es absolutamente cierto, como lo afirma la Corporación en el auto del 13 de marzo de 1992, que el artículo 392 del Estatuto

Tributario autorizó al Gobierno para determinar los porcentajes de retención de que allí se habla y que en ningún momento se cuestionó el ejercicio de tal atribución mientras se refiera a las tarifas que conserven su naturaleza de retención en la fuente, mientras sólo sean una vía de recaudo que cuando su monto resulte excesivo, pueda ser objeto de devolución.

Que tampoco se ha manifestado que las normas acusadas violen tal o cual disposición de carácter legal y que la demanda, nada tiene que ver con el ajuste de valores absolutos expresados en moneda nacional; que lo que se demanda es la falta de competencia del Gobierno Nacional, en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, para modificar por reglamento a través de la retención en la fuente la tarifa del impuesto a la renta de los contribuyentes no declarantes, con relación a los cuales la retención no constituye un mecanismo de recaudo sino el impuesto mismo y simultáneo.

Para mayor ilustración solicitó audiencia pública.

La apoderada de la demandada al alegar de conclusión reitera los planteamientos que sobre la naturaleza de la retención en la fuente expuso al oponerse a la petición de nulidad del actor. Hace un recuento de las normas que autorizan al Gobierno para fijar tales tarifas desde la Ley 81 de 1960 y el Decreto 1651 de 1961, recalcando la observancia por parte del gobierno del límite fijado en la ley, al establecer los porcentajes respectivos en los reglamentos demandados. Y reitera para reclamar la legalidad de los mismos, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de mayo de 1987; expediente 1508, y de noviembre 25 de 1991, expediente 2284.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado ante la Corporación, pide se denieguen las súplicas de la demanda porque consultado el texto de los artículos 392 y 401 del Estatuto Tributario, su claridad meridiana no deja duda en el sentido de que el Gobierno al expedir los Decretos Reglamentarios 2812 y 2866 de 1991, acató lo estatuido en esas disposiciones, dando cumplimiento estricto a la atribución conferida en ellos, de donde infiere, que la elevación de las tarifas de retención en la fuente, no constituye una decisión gubernamental asumida sin la autorización legal requerida.

El Congreso de Colombia al expedir la Ley 75 de 1986 concedió al Gobierno facultades extraordinarias para atender entre otras, la facultad de reformar las normas y los procedimientos dirigidos a prevenir la evasiòn y garantizar la efectividad en el control, recaudo y discusión de los impuestos y, a "... expedir un Estatuto Tributario de numeración continua, de tal forma que se armonicen en un solo cuerpo jurídico las diferentes formas que regulan los impuestos que administra la Dirección de Impuestos Nacionales".

Señala que de las facultades otorgadas por la ley se aprecia cómo dentro de ellas no existe parámetro, ni condición que restrinja al Gobierno para dictar medidas que obliguen únicamente a los contribuyentes declarantes, y, por el contrario, la autorización es amplia para alcanzar para el sistema tributario los elementos de neutralidad y equidad, que en efecto interpretó el Gobierno al expedir el Decreto 624 de 1989 que incorpora tales tablas y el procedimiento para su determinación y los límites porcentuales dentro de los cuales el Gobierno puede determinar esas tarifas y la autorización para adoptar el procedimiento de ajuste de los valores absolutos expresados en moneda nacional en las tablas de retención.

Concluye que existe plena concordancia entre las normas de carácter legal y los decretos acusados y que por lo tanto es improcedente la declaratoria de nulidad. Que si el actor estimaba que la ley se excedió en otorgar facultades debió dirigir la impugnación contra aquella.

Con posterioridad, el actor, en escrito presentado el 3 de diciembre de 1992, enfatiza que la acción intentada es la de nulidad por inconstitucionalidad, cuya competencia, por disposición del artículo 327 de la misma Carta Política es del Consejo de Estado y no la de simple nulidad por violación de la ley por parte de los decretos acusados.

Acusa de incompetente a la Procuradora Sexta Delegada, para emitir el concepto, que tratándose de este tipo de acciones exige obligatoriamente el artículo 278-5 de la Carta, muy diferente al 277 numeral 7o., situación no prevista en el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991.

LA AUDIENCIA PUBLICA

En auto de 9 de marzo de 1993, la Sala accedió a la solicitud de Audiencia Pública solicitada por el actor, la cual se desarrolló el 11 de agosto de 1993; en su resumen escrito las partes expresaron:

El Demandante.

"1.– El sistema de retención en la fuente nace como una simple forma de recaudo anticipado del impuesto, sin confundirse de ninguna manera con el impuesto mismo, de tal manera que si la retención no es suficiente el contribuyente debe cancelar el faltante, y si la retención es excesiva el estado deberá devolver el sobrante.

"Sus antecedentes se encuentran en el Decreto 1651 de 1961, art. 99 y la Ley 38 de 1969, art. 2 (E.T. art. 365).

"2.– Pero luego el legislador dicta la Ley 75 de 1986 y determina que el Impuesto sobre la Renta de quienes siendo contribuyentes de tal gravamen no se

encuentren obligados a declarar, es igual al valor total de las retenciones que se le deban hacer. (E.T., arts. 6, 244, 594-1).

"Es entonces elemental y evidente que para los contribuyentes no declarantes Impuesto sobre la Renta es igual a la suma de las retenciones que se le deban efectuar.

"3.– Bajo estas circunstancias, entra en vigencia la Constitución de 1991 y por su artículo 338 se determina que sólo el Congreso, en el ámbito nacional y en tiempo de paz, puede establecer contribuciones fiscales y sólo él puede establecer las tarifas de los Impuestos.

"4.– En perfecta concordancia con lo anterior, la misma Constitución impide conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República para decretar Impuestos.

"Siendo lo anterior así, nos preguntamos, ¿podría el Congreso conferir facultades extraordinarias al Gobierno para determinar el Impuesto sobre la Renta de los contribuyentes no obligados a declarar, dentro de ciertas limitaciones, por ejemplo, siempre y cuando que la tarifa no sea inferior al 3%, ni superior al 15%? Ciertamente que no.

"5.– Siendo contraria a la Constitución la facultad conferida por el artículo 392 del Estado Tributario para establecer retención-impuesto, obviamente en lo que respecta a las personas no obligadas a declarar, en tal sentido dejó de tener vigencia el mencionado artículo 392, a partir del momento en que entró a regir la nueva Constitución, de tal manera que las disposiciones cuya nulidad solicito violan directamente la Carta, ya que en el momento de dictarse no existía ya disposición legal objeto de tal reglamentación, insisto, en lo que respecta a personas no obligadas a declarar.

"6.– Los denominados no declarantes.

"No prohíbe la ley a determinados contribuyentes que declaren; si lo estiman conveniente, bien pueden hacerlo.

"Lo que fija la ley es su NO OBLIGACION de declarar. Pero el hecho de que si lo estiman conveniente declaren no significa que por tal circunstancia su obligación tributaria sustancial sea la correspondiente a los contribuyentes obligados a declarar, pues el tenor de los artículos 6 y 244 del E.T., entre otros, el impuesto para las personas no obligadas a declarar, y por lo tanto sin importar si declaran o no, es la suma de las retenciones que se les deba hacer".

La Apoderada de la Nación.

"1. LA NATURALEZA DE LA RETENCION EN LA FUENTE.

Categóricamente puede afirmarse, que la retención en la fuente no es un impuesto, ni puede llegar a confundirse conceptualmente con él, aunque sus valores, tanto el de la retención como el del impuesto a la renta a cargo, puedan, eventualmente, coincidir.

"La retención efectuada sobre el ingreso pagado o abonado en cuenta es un mecanismo de recaudo, tal vez el principal método de recaudación del impuesto a la renta pero desde luego no es el mismo impuesto. Es uno de los varios métodos con que cuenta la Administración para lograr el pago del impuesto; otros mecanismos son, en vía de ejemplo, los acuerdos de pago, el anticipo, etc.

"La retención en la fuente nunca será un impuesto, es simplemente una figura creada por la ley, mediante la cual aquellos pagadores que tengan el carácter de retenedores, descuentan del pago o abono en cuenta al beneficiario de un ingreso gravado con el impuesto a la renta o a las ganancias ocasionales o a las remesas, una parte de ese pago o abono en cuenta, con destino a la Administración Tributaria y a nombre de tal beneficiario.

"En consecuencia, la finalidad de la retención en la fuente es obtener en forma gradual el recaudo del impuesto sobre la renta, de manera que en lo posible éste se pague dentro del mismo año gravable en que se cause (Art. 367 del E.T.).

"Ahora bien, al finalizar el período gravable la suma de las retenciones efectuadas al contribuyente puede ser mayor, menor o igual que el impuesto a la renta a su cargo.

"Si resulta mayor, el contribuyente tendrá un saldo a favor; si por el contrario, es menor quedará con un saldo a cargo. Pero si coinciden los valores retenidos con el impuesto determinado, no quedarán saldos a favor ni en contra del contribuyente. Este último evento puede sucederle tanto, a un declarante como a un no declarante; al primero por coincidencia y al segundo por disposición legal.

"En este último caso, los contribuyentes no tienen sobrantes ni faltantes de retención en la fuente frente al pago de sus impuestos; las cifras por uno y otro concepto son iguales, lo cual no implica que jurídicamente se equiparen impuesto y retención, que sean la misma cosa.

"Estas consideraciones llevan a establecer claramente que, la fijación de los porcentajes de retención en la fuente, es bien distinta a la determinación de las tarifas impositivas. Aquellas pueden ser señaladas por el Gobierno Nacional

mediante decretos reglamentarios, máxime cuando hace uso de expresas facultades otorgadas por la ley, como ocurrió en los decretos reglamentarios acusados, como se expresará más adelante.

"Puede, entonces, concluirse sin lugar a dudas que, cuando el Gobierno Nacional reglamenta los porcentajes de retención en la fuente, haciendo uso de expresas facultades legales, no vulnera las facultades del Congreso pra crear impuestos.

"2.- VIABILIDAD DE FIJAR PORCENTAJES DE RETENCION EN LA FUENTE MEDIANTE DECRETOS REGLAMENTARIOS.

"Es perfectamente ajustado a la Constitución y por supuesto, a la Ley, señalar los porcentajes de retención en la fuente mediante decretos, partiendo de la autorización dada al Gobierno Nacional por la Carta Fundamental en el artículo 189 numeral 11.

"Constituye un axioma jurídico, la obligatoriedad que tiene el Gobierno de desarrollar la ley para hacerla aplicable; por lo cual, el Presidente de la República en acatamiento de la facultad reglamentaria dictó los Decretos 2812 y 2866 de 1991, en cuyas disposiciones se está limitando, simplemente, a dar cumplimiento estricto a aquellas normas con fuerza de ley que desde el año de 1960, con la Ley 81, le han permitido fijar las tarifas de retención en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto sobre la renta, tomando en consideración los siguientes puntos, según la Ley 38 de 1969:

"- Cuantía de los pagos o abonos.

"- Tarifas vigentes del impuesto sobre la renta, y

"- Cambios legislativos que tengan incidencia en este tema.

"Normas reglamentarias vs. normas reglamentadas.

"a) Los artículos 1o. y 2o. del Decreto 2812 de 1991, tratan en su orden, de las tarifas de retención en la fuente para honorarios y comisiones en general y de los honorarios en contratos de consultoría y de administración delegada, en particular.

"Su antecedente inmediato, con fuerza de ley, es el artículo 392 del E.T,. que señala la obligatoriedad de efectuar retefuente en los pagos o abonos en cuenta por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos.

"Respecto de los conceptos de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos, dice: "... el Gobierno determinará mediante decretos los porcentajes de retención... sin que en ningún caso sobrepasen del 20% del respectivo pago.

Tratándose de servicios no profesionales la tarifa no podrá sobrepasar el 15% del respectivo pago o abono en cuenta".

"El antecedente mediato de esta facultad al Gobierno es el parágrafo 2o. del artículo 31 de la Ley 20 de 1979, ley que autorizó al Gobierno para ejercer una competencia propia la cual recobró vigencia cuando fue declarado inexequible el artículo 65 del Decreto Extraordinario 3803 de 1982. Dicho parágrafo dice: "El Gobierno determinará mediante decreto, los porcentajes de retención de acuerdo con lo estipulado en el artículo 2o. de la Ley 38 de 1969, sin que en ningún caso sobrepasen el 20% del respectivo pago".

"Por su parte, el artículo 86 de la Ley 9a. de 1983, es el antecedente mediato de la fijación de la retención en la fuente por servicios. Dice así: "El Gobierno determinará los porcentajes de retención en la fuente en el caso de rendimientos financieros y servicios no profesionales, sin que sobrepasen el quince por ciento (15%) del respectivo pago o abono en cuenta".

"b) Por su parte, el artículo 1o. del Decreto 2866 de 1991 establece la tarifa de retención en la fuente por otros ingresos tributarios diferentes a los establecidos al momento de la expedición de la Ley 50 de 1984.

"Su antecedente inmediato con fuerza de ley, es el artículo 401 del E.T. el cual señala que el Gobierno podrá establecer retenciones en la fuente sobre pagos o abonos en cuenta por estos conceptos sin que excedan el 3%.

"El antecedente mediato es el artículo 16 de la Ley 50 de 1984, que señala: Sin perjuicio de las retenciones contempladas en las disposiciones vigentes, el Gobierno podrá establecer retenciones en la fuente sobre pagos o abonos en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para el contribuyente del impuesto sobre la renta, que hagan personas jurídicas y sociedades de hecho.

"Los porcentajes de retención no podrán exceder del tres por ciento (3%)...".

"Como bien se colige en este punto, las disposiciones demandadas se han limitado a cumplir estrictamente las normas reglamentadas sin excederlas ni limitarlas, independientemente de que se apliquen a los declarantes y a los no declarantes del impuesto sobre la renta, puesto que las normas superiores no hacen distinción alguna frente a la retención en la fuente.

"3. AUSENCIA DE VIOLACION DE NORMAS CONSTITUCIONALES.

"Si bien, el origen mediato e inmediato de las normas demandadas se encuentra en disposiciones con fuerza de la ley vigentes desde antes de la existencia de la actual Constitución Política, éstas no la contrarían de manera alguna; por el

contrario, la acatan y obedecen cabalmente. Pero antes de enfrentarlas con las disposiciones de la C.P. de 1991, vale la pena destacar que ellas se dictaron bajo el cumplimiento estricto de la Constitución Nacional de 1886, aunque, este aspecto no es mencionado en la demanda.

"El legislador ordinario mediante la Ley 81 de 1960, la Ley 20 de 1979, la Ley 9 de 1983, la Ley 50 de 1984 y la Ley 75 de 1986 otorgó**directamente** al Gobierno Nacional la facultad de manejar la figura de la retención en la fuente, atendiendo las circunstancias precisas que obraran en un momento determinado, para no sólo señalar los porcentajes aplicables a los ingresos pagados o abonados en cuenta a título de retención en la fuente, sino lo que es más, llegó hasta autorizarla a establecer otros conceptos de ingresos susceptibles de tal tratamiento.

"Así fue como en desarrollo de esas precisas autorizaciones legales el Gobierno dictó decretos fijando los porcentajes de retención en la fuente dentro de los parámetros impuestos por el Congreso.

"Reiterada ha sido la jurisprudencia cuando se trata del análisis de la constitucionalidad de leyes o decretos dictados antes del tránsito constitucional, en el sentido de tomar la normatividad vigente al momento de su expedición, en aras de la certeza y seguridad jurídicas.

"Las disposiciones legales demandadas se expidieron en vigencia de la Carta Fundamental de 1886 ajustándose a los principios consagrados en la misma, atendiendo las formalidades a las que estaban sujetas y teniendo en cuenta que no existía limitación alguna, acerca de facultar al Gobierno Nacional para reajustar los porcentajes de retención en la fuente dentro de ciertas proporciones señaladas en las mismas leyes.

"Claramente se ve que tanto las normas acusadas se ajustan en un todo a las disposiciones legales que le sirvieron de base y que éstas a su vez fueron dictadas de acuerdo con los señalamientos de la Constitución Nacional de 1886 vigente para la época de su expedición, por lo cual, subsisten en nuestro régimen jurídico con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991.

"Esto implica analizar en cada caso, la conformidad de la competencia otorgada frente a las normas vigentes en su momento. En el caso de las disposiciones acusadas, la autorización la concedió el legislador al Gobierno de conformidad con el numeral 11 del artículo 76 de la C.N. 1886 para "ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional".

"Los decretos reglamentarios 2812 y 2866 de 1991, fijan porcentajes de retención en la fuente dentro de los parámetros que la ley autoriza al Gobierno para hacerlo. Potestad que se ha ejercido dentro de los límites de la misma ley

y para cumplir las finalidades en ella establecidas: disposiciones con fuerza de ley que subsisten en nuestro régimen jurídico con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, pues tal y como lo ha dicho nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de noviembre de 1991, expediente No. 2284, el ejercicio de una competencia debe ser valorado mediante el cotejo de los preceptos vigentes al tiempo en que se concedió la autorización, pues de no llegarse a este aserto, "se causarían traumatismos de incalculables consecuencias a la sociedad, al sumirla en la incertidumbre sobre la vigencia de gran parte del ordenamiento jurídico por el que se venía rigiendo. Piénsese, por ejemplo, en lo que implicaría para el país la posible desaparición de un momento a otro, de casi todos los códigos, expedidos –como han sido– en desarrollo de facultades extraordinarias que hoy, según el artículo 150-10 de la Constitución que hace poco entró en vigor; no puede emplearse para semejante propósito; o la del sistema tributario nacional, condensado en el Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) que igualmente es fruto de esta clase de facultades, no utilizables tampoco a partir de la Constitución de 1991 para decretar impuestos en virtud del mismo precepto superior citado".

"De lo expuesto, podemos concluir que la facultad otorgada al Gobierno por el Congreso en relación con la determinación de retención en la fuente y de porcentajes aplicables a la misma, es constitucional, tanto frente a la Constitución de 1886 como a la de 1991;

"1) Pues el legislador ordinario autorizó como se ha indicado, el ejercicio de esta competencia al Gobierno.

"2) Por no constituir la expedición de la Carta Política de 1991, derogatoria con efecto retroactivo del sistema jurídico existente.

"3) Porque la fijación de los porcentajes de retención en la fuente por parte del Gobierno Nacional, corresponde a un manejo del recaudo y no a la creación de gravámenes de conformidad con las normas vigentes para ese momento y también, actualmente.

"Tampoco puede predicarse violación de las normas reglamentadas, a la nueva Carta; puesto que no se trata de un nuevo gravamen como equivocadamente lo ha entendido el señor demandante y lejos de existir en las disposiciones constitucionales prohibición alguna para el ejercicio de las facultades reglamentarias, éstas continúan expresas para desarrollar la ley, tal como sucedió en este caso, cuando el Congreso las otorgó para señalar la forma de pago del impuesto a la renta mediante la figura la retención en la fuente dados unos parámetros porcentuales.

"Pero además de esa facultad reglamentaria, tanto en la Carta Magna de 1886 como en la de 1991, ha tenido el Presidente de la República como una de sus

funciones, la de CUIDAR DE LA EXACTA RECAUDACION Y ADMINISTRACION DE LAS RENTAS Y CAUDALES PUBLICOS (art. 120-11 y 189-20, en su orden), agregando éste último: Y DECRETAR SU INVERSION DE ACUERDO CON LAS LEYES.

"Lo anterior quiere decir que, si aún, no hubiese mediado autorización del Congreso Nacional para reajustar el porcentaje aplicable de la retención en la fuente, el Gobierno perfectamente habría podido hacerlo, con base en este mandato constitucional, por ser una función que debe ejercer por pleno derecho emanado de la Constitución.

"Si esto es así, no puede ser de recibo que los decretos reglamentarios dictados por el Gobierno en uso de funciones dadas expresamente por la Constitución y que además han sido respaldados por leyes de la República, se puedan considerar ilegales e inconstitucionales...

"Por lo tanto, la fijación de los porcentajes de retención en la fuente en ningún caso, bajo ninguna óptica, puede entenderse facultad exclusiva del Congreso Nacional al tenor del artículo 338 de la Constitución Nacional, pero en todo caso el otorgarle éste expresas facultades al Gobierno Naconal para el efecto, implica en relación directa con tal fijación.

"4.– TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL CORRESPONDIENTE A LA RETENCION EN LA FUENTE.

"Frente a la facultad reglamentaria.

"Ha sido reiterada la jurisprudencia en aceptar el ejercicio de las facultades reglamentarias, mientras el Gobierno las ejerza, dentro de los límites señalados en forma general por la Constitución Nacional y en forma particular por la disposición reglamentada.

"Para el caso que nos ocupa la gradualidad de las tarifas de la retención en la fuente ha sido determinada por el Gobierno, dentro del límite dado por la disposición legal correspondiente. Los Decretos Reglamentarios 2812 y 2866 de 1991 en los artículos demandados no han realizado actividad distinta a la prevista en las normas de carácter legal que les sirven de suscrito; han dado aplicabilidad a dichas disposiciones, cumpliendo así con el fin de la ley, que es el ser aplicada y obedecida.

"Vale decir, la propia ley en este caso, defirió expresamente al reglamento la fijación de la tarifa de retención en la fuente señalando como parámetro el porcentaje máximo que al legislador le pareció conveniente fijar. Esto, pues, fue lo que realizaron los artículos demandados: poner en ejecución la ley sin ir más allá de lo dispuesto por ella, sin ampliar su contenido y alcance.

"Frente a la retención en la fuente, en general.

"Cito algunos apartes de la sentencia dictada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, el 1o. de octubre de 1987, Exp. 1662, Magistrado Ponente: Dr. Jesús Vallejo Mejía, en lo atinente a la demanda por inexequibilidad contra el artículo 18 inciso 1o. de la Ley 75 de 1986, el cual fue declarado exequible, cuando al referirse a la gradualidad de las tarifas de retención en la fuente por parte del Gobierno, dentro del límite señalado por la ley, dijo:

"'Todo esto podría haber sido dispuesto en la ley pero el Congreso consideró aconsejable que el Gobierno lo graduara de acuerdo con las circunstancias, diciendo cuales pagos deberán someterse a la retención y **los porcentajes correspondientes, de acuerdo con las necesidades de recaudo, las posibilidades de administración del mismo e incluso los aspectos de coyuntura que deban ser considerados para el efecto'". "'Así las cosas, no puede decirse que la voluntad del Congreso hubiera estado ausente, o hubiera sido meramente nominal...'"** (se destaca)

"Frente a la retención en la fuente para contribuyentes no declarantes.

"La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de mayo de 1987; Exp. 1508, Magistrado Ponente, Dr. Jairo E. Duque Pérez, donde se leen los siguientes apartes relativos concretamente a la retención en la fuente para contribuyentes no declarantes, señalando que es una concepción racional y lógica que obedece a la necesidad de darle certeza a los recaudos hechos por el sistema de retención en la fuente, como mecanismo de cobro de los impuestos a "personas a las que la ley bajo determinadas condiciones, las ha exonerado de la obligación de presentar declaración de renta, pero no de la sustancial de pagar impuestos cuando se realicen los hechos generadores del gravamen, causantes de retención en la fuente".

""El legislador es autónomo para adoptar el sistema de tributación que a bien tenga a proveer a su efectividad, según lo aconsejen las circunstancias del momento. Es obligado inferir entonces, que una previsión como la contemplada en la disposición que se revisa (art. 37 Ley 55 de 1985) **no puede resultar contraria al ordenamiento constitucional pues sólo establece un mecanismo para calcular los impuestos sobre la base de la retención en la fuente para aquellas personas naturales a quienes exonera de presentar declaración de renta pero del deber de contribuir de alguna manera al sostenimiento del aparato estatal"** (el paréntesis y lo destacado no son del texto)

"5.- OTRO PROCEDIMIENTO

"Por último, como bien lo dice la colaboradora fiscal en su concepto, existe total subordinación entre las disposiciones acusadas y las que se pretenden violadas lo hace improcedente la anulación de las primeras.

"Y como, por otra parte, en mi concepto, la demanda efectúa un cuestionamiento a la ley más que a sus reglamentos, puesto que éstos no regulan directamente la fijación de los porcentajes de retención, sino que se limitan a precisar las tarifas de las retenciones en la fuente que de antemano han sido permitidas en la ley, la cual igualmente, faculta al reglamento para señalarlas, el problema habría de enfocarlo hacia la ley cuyo juzgamiento corresponde a la Corte Constitucional y no desde el ángulo de los decretos reglamentarios acusados, que simplemente se limitan a obedecer los correspondientes mandatos legales.

"Este tema ya fue analizado por la Corte Constitucional a raíz de la demanda presentada el 14 de octubre de 1992 por el mismo Dr. Corchuelo Navarrete ante la Corte Constitucional, contra los artículos 19, 24 y 25 de la Ley 6a. de 1992, los cuales fueron declarados EXEQUIBLES. Allí, señala como uno de sus argumentos el referente a la violación del artículo 338 de la Constitución Política, en forma similar a como lo menciona en la presente demanda:

> "'Si el impuesto es la obligación sustancial (flujo de dinero del sujeto pasivo en favor del sujeto activo) que surge por razón de la realización de un determinado hecho previsto y definido por la ley (hecho imponible), cuantificable pecuniariamente (base gravable) sobre el cual se aplica una carga definida por la ley (tasa), cualquier cambio en uno de estos elementos que tenga como resultado nuevos sujetos pasivos, nuevos hechos generadores, nuevas cargas, implica la creación de un impuesto".

"Frente a este argumento dijo así la sentencia No. C-228 del 17 de junio de 1993, en algunos de sus apartes:

> "'La ley por naturaleza prescribe en forma genérica y ello es precisamente definir, distinto a describir, por cuanto la definición propiamente hablando, es una proposición de validez genérica, apta para ser referida a las circunstancias específicas, y no generales, por la función ejecutiva, que también representa la voluntad general, pero en una atribución no declarativa sino de cumplimiento y realización del orden legal. Como se observa, la ley no agota toda la posibilidad jurídica sino que es el fundamento del proceso en el cual, obviamente está la función ejecutiva, la que gira en torno a la ley, ya que requiere autorización legal previa para actuar.

> "'La voluntad general es una, pero con varios modos de ser, cuando es declarativa se refiere a la ley y cuando es ejecutiva, al gobierno pero legislador y gobierno representan un mismo interés general, aunque de diverso modo operativo. De ahí que el artículo 113 superior consagre la colaboración de las ramas del poder público, porque si bien es cierto cada uno hace lo suyo, es lógico que todas busquen idéntico fin"'.

"Y más adelante, al hablar de la potestad reglamentaria, dijo:

> "'El hecho de que sea una facultad restrictiva del Congreso lo referente a la obligación tributaria, no implica que el Presidente de la República no pueda ejercer su potestad reglamentaria, la cual no solo es legítima, sino necesaria para ajustar a las circunstancias reales de la Nación, las disposiciones generales impuestas por el legislador.

"'La potestad reglamentaria en materia tributaria al ser una potencialidad no contraadice la naturaleza de la rama ejecutiva del poder público, porque la función es la de reglamentar, como acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley. Si el legislador hace la ley, el ejecutivo tiene el derecho-deber de encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real. Ejercer esa potestad no implica que el gobierno esté legislando, pues el hecho de reglamentar una ley no equivale a legislar. Otra cosa es que el acto reglamentario, produzca como debe ser, efectos jurídicos, lo cual es apenas connatural a un estado de derecho, donde toda significación jurídica. Y es que no están frente a frente la ley y la consecuencia de la potestad reglamentaria, porque ambas integran el concepto de norma, con la diferencia cuantitativa de ser norma general la ley y norma particular el efecto de la reglamentación. El ejecutivo no puede legislar salvo que se trate de facultades extraordinarias o de los estados de excepción de acuerdo con los términos de la Constitución pero sí puede regular porque toda legislación es normativa, pero no toda normatividad el (sic) legislativa, pues la norma es género y la ley es especie"'. (Sentencia No. 228 del 17 de junio de 1993, Expediente No. D-221, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

"6.– PETICION.

"En estas condiciones, muy respetuosamente solicito denegar las súplicas de la demanda porque en la forma y por los motivos expresados en ella, los decretos acusados se encuentran ceñidos a los términos de la Constitución Nacional de 1886 y de la Carta Política de 1991, así como a las Leyes 81 de 1960, 20 de 1979, 9a. de 1983 y 50 de 1984, por lo cual no pueden prosperar, ya que éstas señalan expresamente las facultades que fueron ejercidas por el Gobierno Nacional mediante los Decretos Reglamentarios 2812 y 2866 de 1991, en sus artículos acusados. Por el contrario, de no haber sido ejercitada, su omisión sí habría constituido una violación a la Constitución".

Analizada previamente la objeción formulada por el actor contra el agente del Ministerio Público, la Sala mediante providencia del 9 de marzo de 1993 la desechó por improcedente y no revocó el Auto del 25 de septiembre de 1992 en el cual dio traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para que se presentaran alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con las precisiones hechas por el actor, encuentra la Sala que este persigue la nulidad de los Decretos Reglamentarios Nos. 2812 y 2866 de 1991 expedidos el primero el 17 y el segundo, el 21 del mes de diciembre ambos de 1991, cuando ya estaba en vigencia la Constitución Nacional de 1991, al considerar que de acuerdo con el nuevo ordenamiento primario vigente desde el 4 de julio de 1991, especialmente los artículos 4o., 150-10 y 338, carecía de competencia el Presidente de la República para modificar las tarifas del impuesto sobre la renta de las personas naturales no declarantes mediante el sistema de incremento de las tarifas de retención, en razón de que para estos contribuyentes por imperativo legal (arts. 6o. y 244 del Estatuto Tributario) impuesto y retención son términos idénticos, pues la retención en la fuente que se les efectúa no es un simple abono o anticipo de un impuesto futuro sino que es el impuesto mismo, por ser el gravamen el valor total de las retenciones que les hayan efectuado los retenedores a lo largo del período.

Concreta entonces que no se trata de la petición de nulidad de los decretos acusados por violar las normas legales que le dieron la facultad de fijar retención en la fuente, es decir, los artículos 365 y 392 inciso 2o., 398, 868 ni el 869 del Estatuto Tributario, sino de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Considera la apoderada de la Nación, por el contrario, que el análisis debe hacerse frente a las normas legales que le concedó la facultad al Gobierno de fijar los porcentajes de retención.

Lo anterior obliga a la Sala a hacer previamente, las siguientes precisiones:

1. Examen de los actos acusados frente a la norma constitucional.

En el lapso transcurrido entre la expedición de las normas que otorgaron al Gobierno la facultad de fijar las tarifas de retención en la fuente y la expedición de las normas acusadas, se expidió y entró en vigencia la Constitución Política de 1991, la cual significó una enmienda del cuerpo jurídico-político fundamental hasta entonces existente.

El paso al nuevo orden constitucional tiene fundamental trascendencia en la tarea del control judicial que para salvaguardar y mantener la supremacía constitucional le compete a esta Corporación ejercer, pues según el artículo 237 numeral 2o., se reafirma la competencia que tenía en vigencia de la Constitución derogada.

El ejercicio de tal función, cual es la de conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, le imponen el deber de examinarlos, a la luz del texto constitucional actualmente vigente.

En consecuencia, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 237 inciso 2o. de la Constitución Nacional, la Corporación deberá estudiar si evidentemente los decretos acusados infringen el ordenamiento constitucional vigente, para lo cual se debe entonces precisar, previamente, cual es la naturaleza y el carácter de la retención que se hace a los contribuyentes no declarantes del impuesto nacional sobre la renta, a fin de determinar si de acuerdo con la nueva Carta Constitucional, respecto de estos contribuyentes, la facultad ejercida por el Gobierno con fundamento en el Estatuto Tributario puede ser utilizada.

2. Carácter de la retención de los contribuyentes no declarantes.

Disponen los artículos 6o. y 244 del Estatuto Tributario:

"Artículo 6o. **El impuesto de los no declarantes es igual a las retenciones.**

"El impuesto de renta, patrimonio y ganancia ocasional, a cargo de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementarios, y el de los demás contribuyentes no obligados a declarar, es el que resulte de sumar las retenciones en la fuente por todo concepto que deban aplicarse a los pagos o abonos en cuenta realizados al contribuyente durante el respectivo año gravable".

"Artículo 244. Excepción de los no declarantes. El impuesto de renta de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementarios, no se rige por lo previsto en el artículo 241. **El impuesto de renta, patrimonio y ganancia ocasional, a cargo de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementarios, y el de los demás contribuyentes no obligados a declarar, es el que resulte de sumar las retenciones en la fuente por todo concepto que deban aplicarse a los pagos o abonos en cuenta realizados al contribuyente durante el respectivo año gravable".** (destacado fuera del texto)

Es decir, que efectivamente la ley en el caso de contribuyentes no declarantes, identifica el impuesto con la retención.

La naturaleza legislativa de los impuestos y la retención asimilada a impuesto fue precisada por las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, las cuales en sus apartes pertinentes, expresan:

"... La facultad impositiva como expresión de la soberanía del Estado fue consagrada por el constituyente y su ejercicio se confía al legislador, de

conformidad con lo dispuesto en los artículos 43, 76-13-14, 204, 207 y 210 de la Carta, sin que de estas normas se derive condicionamiento alguno del ejercicio de esa potestad, en cuanto a la determinación de los elementos esenciales que integran el concepto de impuesto o en relación con su recaudo. Esto es decir, el legislador tiene un poder amplio para el señalamiento, modificación o extinción de las obligaciones tributarias; aun la facultad de señalar las rentas, que corresponde a las entidades territoriales, se debe desarrollar por éstas con sujeción a las directrices que establezca la ley.

"Conforme a las autorizaciones constitucionales que se citan, el legislador es autónomo para adoptar el sistema de tributación que a bien tenga proveer a su efectividad, según lo aconsejen las circunstancias del momento. Es obligado inferir entonces que una previsión como la contemplada en la disposición que se revisa, no puede resultar contraria al ordenamiento constitucional, pues sólo establece un mecanismo para calcular los impuestos sobre la base de la retención en la fuente, para aquellas personas naturales a quienes exonera de presentar declaración de renta pero no del deber de contribuir de alguna manera el sostenimiento del aparato estatal". Sentencia No. 44 del 19 de mayo de 1987, Expediente 1508, Actor Alfonso Marín Morales, al declarar la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 55 de 1985, Ponente doctor Jairo E. Duque (Gaceta Judicial Tomo CXCI-1987 Primer Semestre. Imprenta Nacional-1988) (destaca la Sala).

"Según el artículo 43 C.N.: "en tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones".

"Agrega el artículo 76-14 que corresponde al Congreso, por medio de leyes "decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija".

"Y el mismo artículo, en su numeral 22, le asigna el cometido de dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas.

"La competencia ordinaria del Gobierno en materia de contribuciones está fijada, por otra parte, en el artículo 120-3, que prevé en forma general la potestad reglamentaria que le asiste para la cumplida ejecución de las leyes; en el ordinal 11 del mismo artículo, que le atribuye la función de "cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes"; y en el ordinal 22 *ibídem*, que lo autoriza para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 de artículo 76.

"Ahora bien, como la regla del artículo 43 C.N. ha sido prevista para "tiempo de paz", es claro que dentro del Estado de Sitio el Gobierno puede decretar contribuciones extraordinarias.

"La lectura de las disposiciones citadas muestra que el establecimiento de contribuciones o el decreto de impuestos es, en principio, tarea propia de los cuerpos colegiados de representación popular, y, ante todo, del Congreso, quien señala el ámbito de la potestad impositiva de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, tal como lo dejó establecido esta Corporación en fallo del 2 de junio de 1971, y que sólo en circunstancias excepcionales puede acometerla el Gobierno.

"Ha de entenderse que la potestad impositiva que se viene examinando comprende la de fijar los elementos estructurales de la obligación tributaria, tales como la denominación del impuesto; los sujetos gravados; la materia y la base imponibles; **las tarifas;** las deducciones, exenciones y descuentos; la forma de liquidación y de pago; los intereses y las sanciones, etc.

"A la luz de estas consideraciones cabe preguntarse sobre si es posible el otorgamiento **de facultades extraordinarias** al Gobierno para que, por medio de decretos leyes, establezca contribuciones.

"Acerca de esta cuestión se pronunció la Corte en fallo del 3 de agosto de 1971, en el que cuando el Gobierno obra como legislador extraordinario "creando o aumentando contribuciones, por mandato o en ejercicio de facultades extraordinarias que le otorga el Congreso, con el lleno de los requisitos señalados en el ordinal 12 del artículo 76, no está quebrantando el texto, espíritu y antecedentes del artículo 43, sino desarrollando actividades que le incumben por mandato de preceptos de igual origen y jerarquía".

"El Consejo de Estado, en providencia del 10 de mayo de 1983, dio también respuesta afirmativa a este interrogante, con estas palabras: "se quiere que la tributación se origine en el cuerpo de elección popular. Y tal objetivo se mantiene bien cuando el impuesto lo establece el organismo corporativamente, bien cuando delega su detalle al ejecutivo.

"A esta conclusión, se llega, entonces, argumentando que el origen del impuesto se sitúa propiamente en la ley de **facultades extraordinarias** expedidas por el Congreso y no en el decreto ley mediante el cual el Gobierno las ejercita.

"La Corte acepta este razonamiento pero a condición de que la ley de facultades sea lo suficientemente precisa, tal como lo exige el propio artículo 76-12 C.N., de modo que ahí los elementos estructurales del impuesto sean fijados previamente por el Congreso, tal como lo exige el artículo 43 C.N., y sólo reste

proceder a decretarlo y a regular sus aspectos de detalle, tareas para las que es posible facultar al Gobierno por la vía mencionada.

"Aplicando estas nociones al caso *sub-júdice,* se tiene que la disposición **acusada atribuyó al Gobierno competencia dentro de los dos años siguientes a la fecha** de promulgación de la ley "para establecer retenciones en la fuente a título de impuestos sobre la renta y complementarios, sobre los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas, las sociedades de hecho y las personas naturales, y sobre el valor de enajenación de los bienes, sin que dichas retenciones excedan del tres por ciento del respectivo pago, abono en cuenta o valor de la enajenación.

"La lectura del texto anterior revela sin necesidad de mayor análisis, que las facultades que ahí se otorgaron al Gobierno son precisas y permiten saber a ciencia cierta cuál es el objeto de las mismas. El Gobierno encuentra límites taxativos para ejercerlas: las retenciones que establezca deben corresponder al impuesto sobre la renta; deben versar sobre pagos o abonos en cuenta que hagan los sujetos que ahí se mencionan, o sobre el valor de la enajenación de bienes; y no pueden exceder del 3% del respectivo pago, abono en cuenta o valor de la enajenación.

"Todo esto podría haber sido dispuesto en la ley, pero el Congreso consideró aconsejable que el Gobierno lo graduara de acuerdo con las circunstancias, decidiendo cuáles pagos deberán someterse a retención y los porcentajes correspondientes, de acuerdo con las necesidades de recaudo, las posibilidades de administración del mismo e incluso, los aspectos de coyuntura que deban ser considerados para el efecto.

"Así las cosas, no puede decirse que la voluntad del Congreso hubiera estado ausente, o hubiera sido meramente nominal, lo que violaría tanto la letra como el sentido del artículo 43 C.N., en la decisión sobre esta materia.

"Se han suscitado en este caso debates acerca de la naturaleza jurídica de las reglas sobre retención en la fuente y sobre si la disposición acusada otorgó facultades extraordinarias al Gobierno o simplemente le atribuyó competencias administrativas.

"Lo dicho atrás acerca de la reserva legislativa en torno de los elementos estructurales del impuesto, permite llegar a la conclusión de que los aspectos fundamentales de la retención en la fuente, sea que se la considere como medio de recaudo del impuesto o como modalidad de este último, **deben ser definidos por el legislador, trátese del ordinario o del extraordinario,** los aspectos operativos o procedimentales, en cambio, pueden deferirse a la reglamentación gubernamental.

"No cabe duda de que las materias de que trata la **disposición acusada son de índole legislativa,** pues no se refieren a meras cuestiones de detalle sino a la decisión de extender el ámbito de la retención a otros sectores no contemplados por leyes anteriores, generalizándose su aplicación a todos los pagos, cualquiera que sea su índole, que hagan las personas jurídicas, las sociedades de hecho y las personas naturales, y el valor de la enajenación de toda clase de bienes.

"Ciertamente la disposición no cumplió con el rito de decir que otorgaba facultades extraordinarias al Gobierno por el término de dos años para disponer sobre las materias precisas que ahí se mencionaron, pero no hay que hacer demasiados esfuerzos interpretativos para afirmar que eso fue lo que inequívocamente quiso expresar. (Destaca la Sala) Sentencia No. 137 del 1o. de octubre de 1987, Expediente 1662, Actor Juan Manuel Charry Urueña, Ponente doctor Jesús Vallejo Mejía - Gaceta Judicial 2430-1987 Tomo CX CL-2 Imprenta Nacional 1991.

De acuerdo a los precitados pronunciamientos, en vigencia de la Constitución de 1886, como en la actual, la potestad impositiva radicaba y radica en el Congreso, pero, a contrario de lo que sucede bajo la vigente, el ejecutivo podía actuar como legislador extraordinario en estas materias, en ejercicio de precisas facultades *pro-tempore,* conferidas por el legislador.

3. El nuevo orden Constitucional.

La Constitución Nacional de 1991, que estima el actor violó el Gobierno al expedir los decretos acusados dispone en las normas señaladas como infringidas:

"Artículo 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...".

"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

"... 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

"El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

"Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, **ni para decretar impuestos".**

"12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley...".

"Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, **y las tarifas de los impuestos.**

"La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa **de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los** costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

"Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo" (destaca la Sala).

Las normas transcritas enseñan claramente y, sin lugar a dusas, que fue voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente introducir severas modificaciones a la facultad de imponer tributos; por tanto precisó y determinó que:

1) En tiempo de paz únicamente el Congreso de manera primaria y las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales en forma secundaria pueden imponer contribuciones fiscales, de conformidad con la ley.

2) No es permitido al Congreso transferir esta competencia al Presidente de la República revistiéndolo de facultades extraordinarias como solía hacerlo en vigencia de la Constitución Nacional de 1886.

3) La ley fiscal, no puede ser retroactiva, de suerte que las leyes de impuestos 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 la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

4) La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar **directamente** los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

5) Tratándose de la tarifa de las tasas y contribuciones que se cobren a los contribuyentes que respondan al concepto de recuperación de costos de los servicios prestados o participación en los beneficios que proporcionen puede permitirse que las

autoridades administrativas fijen la tarifa, pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, la ordenanza o acuerdo.

Así, pues, en vigencia de la nueva Constitución le está prohibido en tiempo de paz al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa fijar las tarifas del impuesto que se cobra a los contribuyentes.

4. La retención para los contribuyentes no declarantes.

Para la Sala, respecto a los contribuyentes no declarantes, no hay duda de que por mandato legal –artículos 6o. y 244 del Estatuto Tributario–, el impuesto de renta es el que resulta al sumar las retenciones en la fuente, lo cual quiere decir, que el Presidente al fijar la tarifa de la retención en la fuente, consecuencialmente, fija la tarifa del impuesto, que no es posible frente a lo dispuesto por el artículo 338 de la Carta.

El argumento de que la retención es un anticipo del impuesto que se concreta al final del ejercicio es válido en el caso de los declarantes, no lo es para los contribuyentes no declarantes, para quienes impuesto y retención tiene un mismo significado.

La actividad consistente en determinar la retención o incrementar las tarifas a título de impuesto, para los contribuyentes no declarantes, es una función de índole legislativa, que en tiempo de paz está vedada al ejecutivo por disposición expresa de la Constitución. Por lo que no puede pretenderse que corresponde a una actividad administrativa que pueda ser desarrollada en ejercicio de la potestad reglamentaria o de la de recaudación, numerales 11 y 20 artículo 189 C.P.

Si bien es cierto que en materia del recaudo del tributo la retención en la fuente responde a un medio para tal efecto, y que su manejo y control es eminentemente administrativo, al igual que lo es el ajuste de valores absolutos expresados en moneda nacional, de acuerdo con el incremento porcentual del índice de precios al consumidor, tal como lo consagra el artículo 242 del Estatuto Tributario, esto es posible solamente para los contribuyentes declarantes, para quienes la retención es un anticipo del impuesto, no el impuesto mismo; por el contrario, tratándose de contribuyentes no declarantes, la retención por mandato legal, es el impuesto mismo –arts. 6 y 244–; luego, su fijación corresponde a la ley.

Por último, observa la Sala, que al ser señalada la tarifa de retención para los contribuyentes no declarantes, en los decretos acusados, por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, violó no solo el artículo 121 sino el 338 de la Constitución Nacional, toda vez que se arrogó atribuciones propias del legislador, en quien radica única y exclusivamente el poder impositivo.

En suma, al expedir las normas demandadas el Presidente de la República excedió sus facultades, pues ejerció funciones atribuidas constitucionalmente al

"12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley...".

"Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, **y las tarifas de los impuestos.**

"La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa **de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los** costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

"Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo" (destaca la Sala).

Las normas transcritas enseñan claramente y, sin lugar a dusas, que fue voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente introducir severas modificaciones a la facultad de imponer tributos; por tanto precisó y determinó que:

1) En tiempo de paz únicamente el Congreso de manera primaria y las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales en forma secundaria pueden imponer contribuciones fiscales, de conformidad con la ley.

2) No es permitido al Congreso transferir esta competencia al Presidente de la República revistiéndolo de facultades extraordinarias como solía hacerlo en vigencia de la Constitución Nacional de 1886.

3) La ley fiscal, no puede ser retroactiva, de suerte que las leyes de impuestos 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 la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

4) La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar **directamente** los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

5) Tratándose de la tarifa de las tasas y contribuciones que se cobren a los contribuyentes que respondan al concepto de recuperación de costos de los servicios prestados o participación en los beneficios que proporcionen puede permitirse que las

autoridades administrativas fijen la tarifa, pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, la ordenanza o acuerdo.

Así, pues, en vigencia de la nueva Constitución le está prohibido en tiempo de paz al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa fijar las tarifas del impuesto que se cobra a los contribuyentes.

4. La retención para los contribuyentes no declarantes.

Para la Sala, respecto a los contribuyentes no declarantes, no hay duda de que por mandato legal –artículos 6o. y 244 del Estatuto Tributario–, el impuesto de renta es el que resulta al sumar las retenciones en la fuente, lo cual quiere decir, que el Presidente al fijar la tarifa de la retención en la fuente, consecuencialmente, fija la tarifa del impuesto, que no es posible frente a lo dispuesto por el artículo 338 de la Carta.

El argumento de que la retención es un anticipo del impuesto que se concreta al final del ejercicio es válido en el caso de los declarantes, no lo es para los contribuyentes no declarantes, para quienes impuesto y retención tiene un mismo significado.

La actividad consistente en determinar la retención o incrementar las tarifas a título de impuesto, para los contribuyentes no declarantes, es una función de índole legislativa, que en tiempo de paz está vedada al ejecutivo por disposición expresa de la Constitución. Por lo que no puede pretenderse que corresponde a una actividad administrativa que pueda ser desarrollada en ejercicio de la potestad reglamentaria o de la de recaudación, numerales 11 y 20 artículo 189 C.P.

Si bien es cierto que en materia del recaudo del tributo la retención en la fuente responde a un medio para tal efecto, y que su manejo y control es eminentemente administrativo, al igual que lo es el ajuste de valores absolutos expresados en moneda nacional, de acuerdo con el incremento porcentual del índice de precios al consumidor, tal como lo consagra el artículo 242 del Estatuto Tributario, esto es posible solamente para los contribuyentes declarantes, para quienes la retención es un anticipo del impuesto, no el impuesto mismo; por el contrario, tratándose de contribuyentes no declarantes, la retención por mandato legal, es el impuesto mismo –arts. 6 y 244–; luego, su fijación corresponde a la ley.

Por último, observa la Sala, que al ser señalada la tarifa de retención para los contribuyentes no declarantes, en los decretos acusados, por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, violó no solo el artículo 121 sino el 338 de la Constitución Nacional, toda vez que se arrogó atribuciones propias del legislador, en quien radica única y exclusivamente el poder impositivo.

En suma, al expedir las normas demandadas el Presidente de la República excedió sus facultades, pues ejerció funciones atribuidas constitucionalmente al

Congreso de la República; por tanto habrá de declararse la nulidad de aquellas por violar normas superiores del ordenamiento jurídico.

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

FALLA:

ANULANSE los artículos 1o. y 2o. del Decreto Reglamentario 2812 de diciembre 17 de 1991 y el artículo 1o. del Decreto 2866 de diciembre 21 de 1991 proferidos por el Gobierno Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y 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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DESCUENTO CONDICIONADO/DESCUENTO NO CONDICIONADO/ BASE GRAVABLE/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Respecto a la exclusión de la base gravable de los descuentos no condicionados, no se comparte la afirmación de que "si son los ingresos brutos la base para la liquidación, es de toda evidencia que los llamados descuentos no condicionados no pueden deducirse de ellos", porque precisamente si son descuentos efectuados el monto de los mismos no constituyen ingresos para el contribuyente. El descuento no condicionado se caracteriza por ser otorgado por el vendedor en el momento de realizarse la venta; por el contrario el condicionado se produce al cumplirse la condición impuesta, como por ejemplo el pronto pago. Es por tanto, en ambas modalidades –el condicional cuando se cumple la condición–, un menor ingreso; luego, sería un contrasentido afectar la base gravable con un ingreso no percibido por el contribuyente. Al interpretar el alcance del art. 33 de la Ley 14 de 1983 se ha dicho que: "Parte la norma del concepto de ingresos brutos, es decir, de aquellos que efectiva y realmente perciba una persona como contraprestación a su actividad industrial, comercial o de servicios. Desde el punto de vista, el descuento que se acostumbra efectuar por los comerciantes en la factura de venta, sin condición alguna, no corresponde al concepto de ingresos pues de una parte al constituir un menor valor de la enajenación del bien o del servicio, no es pagado por el adquirente y consecuencialmente no es recibido por el enajenante y por otra carece de aptitud para producir potencialmente un incremento del patrimonio del contribuyente, requisito que determina que una suma recibida constituya ingreso.

DESCUENTO NO CONDICIONADO/DEVOLUCION EN VENTA/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Cuando se realiza la venta de un bien y como consecuencia de la nulidad o la resolución del contrato es devuelto el precio pagado por ella, pues si bien en principio se realizó el ingreso, como consecuencia de la ineficacia del contrato, su importe es devuelto a quien inicialmente pagó. De ahí la necesidad que la ley se hubiera referido expresamente a este fenómeno, atendiendo especialmente a que las devoluciones pueden efectuarse en períodos fiscales distintos al de la venta, cosas que no ocurre con los descuentos "pie factura" porque al no ser condicionados se causan simultáneamente con la venta".

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5250. Actor: Gases Industriales S.A. "Cryogas S.A." C/ Santafé de Bogotá. Impuesto Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante, contra la sentencia de 8 de septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada para impugnar los actos administrativos que le determinaron a la sociedad Gases Industriales de Colombia S.A. "CRYOGAS S.A.", el impuesto de Industria, Comercio y Avisos por el año gravable de 1985, vigencia fiscal de 1986.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó su declaración privada de Industria, Comercio y Avisos, correspondiente al año gravable de 1985, vigencia Fiscal de 1986, el 27 de mayo de 1986, radicada con el número No. 097615.

Mediante requerimiento No. 394 de 24 de julio de 1987 (folio 126), la Dirección Distrital de Impuestos solicitó a la sociedad "presentar las pruebas pertinentes relacionadas con los datos consignados en su declaración de Industria, Comercio y Avisos No. 97.615. Deberá responder con los libros de contabilidad, demás soportes contables y los documentos necesarios para acreditar la veracidad de su declaración, lo relacionado con:

"1.– Monto total de impuestos brutos obtenidos durante el año gravable de 1985".

"2.– Comprobar:

."a) Ventas de activos fijos por $613.000".

"b) Ingresos obtenidos por ventas fuera de Bogotá por $91.479.010".

"c) Otros ingresos no declarados por $802.637.989".

Con base en la declaración privada, la Dirección de Impuestos Distritales practicó liquidación oficial No. 0975 de 12 de mayo de 1988, mediante la cual se modificó la liquidación privada en los siguientes conceptos:

– Disminución de la base gravable por ingresos obtenidos en Barranquilla y Sabaneta no comprobados idóneamente.

– Descuentos no aceptados.

– Débitos no demostrados.

– Mayor valor en los libros de ingresos gravables no declarados en cuantía de $443.995.515.

– Sanción por inexactitud.

Contra la anterior liquidación oficial la sociedad actora presentó recurso de reposición y apelación, los que fueron resueltos, el primero, mediante Resolución No. 1205 de 24 de noviembre de 1988, de manera desfavorable, y el segundo, por la Junta Distrital de Hacienda, mediante Resolución 233 de 30 de agosto de 1989, en la cual se revocó en todas sus partes la Resolución No. 1205 de 1988, y modificó la Resolución Oficial No. 0975 de 1988, excluyendo de la base gravable ingresos obtenidos en otros municipios, se suprimió el parágrafo anual, e igualmente los débitos no demostrados no constituyen diferencia, y se mantuvieron las diferencias correspondientes a "a) no aceptar descontar los ingresos de Sabaneta por valor de $48.747.805, por cuanto el contribuyente solamente aportó fotocopia autenticada de los recibos de pago y certificación de la Inspectora Municipal en que consta que pagó...". "b) Descuentos no condicionados". "c) La sanción por inexactitud, se mantiene correlativamente...".

LA DEMANDA:

Debidamente agotada la vía gubernativa, la sociedad actora presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de Industria, Comercio y Avisos por el año gravable de 1985, acusando de violar las siguientes disposiciones: artículo 32, y 34 de la Ley 14 de 1983; artículo 1o., 15 y 20 del Acuerdo 21 de 1983.

Adujo como puntos de inconformidad, que "Al no aceptar deducir la base gravable los ingresos obtenidos por la sociedad, en el municipio de Sabaneta (Antioquia), por cuantía de $48.747.805, se está violando las siguientes normas: "... artículo 32 de la Ley 14 de 1983... artículo 1o. del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá... artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983; por concepto de descuentos no condicionados se violaron el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, artículo 15 del Acuerdo No. 21 de 1983 del Concejo de Bogotá, y respecto a la sanción por inexactitud, considera que se violó el artículo 53 del Acuerdo Municipal No. 21 de 1983.

SENTENCIA APELADA:

El *a-quo* en providencia de 8 de septiembre de 1993, en la cual hubo dos salvamentos de voto, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y negó la excepción propuesta por la parte demandada de "ineptitud de la demanda por falta de legitimación en la causa pasiva consistente en que la demanda se formula "contra la operación administrativa mediante la cual las autoridades de impuestos distritales determinó un mayor impuesto a cargo de la sociedad".

El Tribunal sólo aceptó lo relativo a los ingresos obtenidos en el municipio de Sabaneta por la suma de $48.747.808, y negó el punto referente a descuentos no condicionados, por lo que se realizó una nueva liquidación y se disminuyó la sanción por inexactitud en la porción de la partida aceptada.

SALVAMENTOS DE VOTO:

Los salvamentos de voto realizados por dos de los Honorables Magistrados del Tribunal de Cundinamarca coinciden en afirmar que la excepción de inepta demanda, propuesta por la parte demandada debía prosperar, y, expresa el primero de ellos, "en efecto la parte demandada en el caso *sub-exámine* no puede ser otra que el "Distrito Especial de Bogotá (para la época en que se instauró la demanda) que es el sujeto de derecho público por antonomasia y quien tiene capacidad jurídica para ser parte y además ser responsable pecuniariamente en el evento de producirse una sentencia condenatoria, de allí que mal se hizo cuando se designó como parte demandada a "las autoridades de Impuestos Distritales".

LA APELACION:

Contra la sentencia de 8 de septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las partes interpusieron sendos recursos de apelación, indicando como motivos de inconformidad los siguientes:

a) Parte actora: Indica que el Tribunal mantuvo el rechazo de los descuentos no condicionados y, por tanto, la parte restante de la sanción por inexactitud. Para ésta inconformidad expresa que: "A lo largo de toda la actuación administrativa y con

ocasión de la demanda ante el Tribunal, la sociedad ha sostenido que "la Compañía comercializa parte de sus productos a través de distribuidores minoristas a los cuales factura a precios de consumidor final, pero con un descuento fijo no condicionado que constituye precisamente el margen de utilidad del distribuidor el cual, para efectos meramente estadísticos, es contabilizado como un débito a la cuenta de ventas pero bien pudiera contabilizarse por el valor neto o facturarse a precios ya descontados sin incurrir en ambos casos en ningún error contable ni fiscal pues el efecto en última instancia en todos los casos es el mismo; vender una mercancía en un precio último sin que el comprador tenga que cumplir ninguna condición...". "Y además agrega que "En el dictamen pericial solicitado como prueba, los peritos en su trabajo fueron claros al manifestar que los descuentos otorgados por la Compañía eran no condicionados".

Para reforzar su inconformidad, cita apartes de la sentencia de 30 de julio de 1993, de esta Sección.

b) Parte demandada-reitera la excepción propuesta en la contestación de la demanda; por tanto, solicita revocar la sentencia, y proferir fallo inhibitorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Son dos los puntos materia de examen en esta instancia, a saber: a) excepción de ineptitud de la demanda, y b) exclusión de los descuentos no condicionables de la base gravable.

Sobre el primero, comparte la Sala lo resuelto por el *a-quo,* no por las razones expuestas en el fallo apelado, en el cual se afirma que: "Al formularse la demanda contra las "Autoridades de Impuestos Distritales" era fácilmente interpretarla en el sentido de que la parte demandada era el ente Distrital", sino en consideración a que el actor, oportunamente, complementó la demanda, en los siguientes términos: "La parte demandada está integrada por la Tesorería Distrital, Secretaría Distrital de Hacienda, Dirección Distrital de Impuestos, Junta Distrital de Hacienda, y el Distrito Especial de Bogotá". Por consiguiente, no prospera la excepción propuesta, toda vez que el defecto inicial de la demanda fue en su debido tiempo subsanado.

Respecto a lo segundo, vale decir, la exclusión de la base gravable de los descuentos no condicionales, no comparte la Sala lo afirmado en el fallo recurrido, en cuanto que "Si son los ingresos brutos la base para la liquidación, es de toda evidencia que los llamados descuentos no condicionados no pueden deducirse de ellos". Precisamente, si son descuentos efectuados, el monto de los mismos no constituyen ingresos para el contribuyente. El descuento no condicionado se caracteriza por ser otorgado por el vendedor en el momento de realizarse la venta; por el contrario, el condicionado se produce al cumplirse la condición impuesta, como por ejemplo, el pronto pago.

Es, por tanto, en ambas modalidades –el condicional cuando se cumple la condición–, un menor ingreso; luego, sería un contrasentido afectar la base gravable con un ingreso no percibido por el contribuyente.

Observa la Sala, por lo demás, que en cuaderno de antecedentes administrativos, se encuentra la prueba documental que acredita el otorgamiento de los descuentos al momento de efectuarse la venta.

La Corporacón al interpretar el alcance del artículo 33 de la Ley 14 de 1984, ha señalado:

> "Parte la norma del concepto de ingresos brutos, es decir, de aquellos que efectiva y realmente perciba una persona como contraprestación a su actividad industrial, comercial o de servicios. Desde este punto de vista, el descuento que se acostumbra efectuar por los comerciantes en la factura de venta, sin condición alguna, no corresponde al concepto de ingresos pues de una parte al constituir un menor valor de la enajenación del bien o del servicio, no es pagado por el adquirente y consecuencialmente no es recibido por el enajenante y por la otra carece de aptitud para producir potencialmente un incremento del patrimonio del contribuyente, requisito que determina que una suma recibida constituya ingreso".
>
> "Cosa distinta ocurre cuando se realiza la venta de un bien y como consecuencia de la nulidad o la resolución del contrato es devuelto el precio pagado por ella, pues si bien en principio se realizó el ingreso, como consecuencia de la ineficacia del contrato, su importe es devuelto a quien inicialmente pagó. De ahí la necesidad que la ley se hubiera referido expresamente a este fenómeno, atendiendo especialmente a que las decoluciones pueden efectuarse en períodos fiscales distintos al de la venta, cosa que no ocurre con los descuentos "pie factura", porque al no ser condicionados se causan simultáneamente con la venta". (Expediente No. 4795 de julio 30 de 1993, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos).

De consiguiente, asiste razón a la contribuyente y prospera en consecuencia 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:

1o. Revócase la sentencia apelada de 8 de septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2o. Anúlase la operación administrativa integrada por los siguientes actos administrativos: Liquidación oficial No. 0975 del 12 de mayo de 1988, las Resoluciones Nos. 1205 del 24 de noviembre de 1988 y 233 del 30 de agosto de 1989, expedidas por la Dirección Distrital de Impuestos y la Junta Distrital de Hacienda, respectivamente.

3o. Confírmase la liquidación privada presentada por la sociedad GASES INDUSTRIALES S.A. "CRYOGAS S.A.", por el año gravable de 1985, vigencia 1986.

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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SISTEMA DE CAUSACION/INGRESO–Causación

Cuando el contribuyente lleva su contabilidad por el sistema de causación, debe denunciar los ingresos causados en el año, aunque no se haya recibido su pago. Y en razón a que el ingreso debe corresponder a un pago, los recibidos por anticipado, como los que corresponden a ventas no causadas, solo se gravan en el año o período gravable en que se causan. Además no constituyen ingreso en el período las sumas que se paguen dentro de un ejercicio si éste, de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, no se ha realizado en este período, así como tampoco lo constituyen los reembolsos de capital, ni la indemnización por daño emergente.

INGRESO DIFERIDO/CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS/RENTA LIQUIDA

El art. 88 del Decreto 187 de 1975, al reglamentar los arts. 68 y 69 del Decreto 2053 de 1974, la parte de los ingresos recibidos no atribuibles a los costos y deducciones efectivamente realizados, debe tratarse como un ingreso diferido, y es la ley la que indica el proceso a seguir para calcular el ingreso atribuible a cada uno de los períodos gravables, determinando la proporción existente entre el ingreso por el contrato y los costos y deducciones realizadas, para considerar como renta líquida únicamente la diferencia entre la parte del ingreso proporcionalmente calculada a los costos y deducciones efectivamente realizados.

INSPECCION TRIBUTARIA

El alcance de la inspección tributaria frente a los medios de prueba señalados en la ley, exponiendo que la visita administrativa no tiene el

carácter de prueba pericial, ni de plena prueba, no solamente porque adicionalmente a los visitadores que intervienen en ella no les exige la ley la condición de contadores públicos, por lo tanto, el acta solo permite deducir su conformidad con los datos consignados en los libros de contabilidad, sin que en ningún momento constituya prueba de la inexistencia física o falsedad de los conceptos y cifras objeto del examen, y menos que no sea controvertible, ya que la ley da este derecho al contribuyente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5243. Actor: Distral S.A. Nit 860008161. Apelación de la sentencia del 24 de septiembre de 1993. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1986. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, tanto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como por el apoderado de la actora contra la sentencia del 24 de septiembre de 1993, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado a través de apoderado por la sociedad DISTRAL S.A. NIT 860008161, contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá, le determinó el impuesto de renta y complementarios e impuso sanciones por el año gravable de 1986.

ANTECEDENTES

La actora presentó su declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable de 1986 el 14 de mayo de 1987, la que corrigió el 14 de julio del mismo año, en la cual denunció ingresos fiscales por $9.282.679.260, costos por $7.255.336.288 y deducciones por $1.591.294.195 para determinar una renta líquida gravable de $436.208.677.

Previa inspección contable ordenada por auto 0057 del 2 de mayo de 1989, cuyas conclusiones quedaron consignadas en el acta firmada el 8 de agosto de 1989, la Administración propuso a la contribuyente mediante el requerimiento 0039 del 10 de agosto de 1989, la modificación de la liquidación privada como consecuencia de la adición de ingresos por concepto de contratos de servicios autónomos que recibió de 22 clientes por $2.178.575.560, entre ellos Alcalis de Colombia, Promigas, Comesa y Mitsubishi Corporation, ventas y arriendos a Comercializadora Codin S.A. por

$8.386.683, servicios por $586.291 y $13.122.322, y anticipos por $47.240.514, rechazo de pasivo por $39.060.260, la imposición de sanciones por inexactitud y libros de contabilidad y la revisión del anticipo.

En la oportunidad debida la contribuyente dio respuesta al requerimiento (Fl. 341 cdno. ppal.) alegando, además de la extemporaneidad del requerimiento y la firmeza de la liquidación privada, por haber transcurrido el término señalado en el artículo 705 sin que la Administración hubiera practicado inspección tributaria, pues ésta solamente se practicó a partir del 15 de mayo de 1989, cuando ya el término había precluido, la indebida adición de los ingresos propuestos, dado el sistema de causación empleado por la sociedad para el registro contable de sus operaciones y la naturaleza especial de los contratos que originaron los ingresos, exponiendo, que en la respuesta dada al oficio del 24 de mayo de 1989, explicó el manejo de la cuenta activa de costos y gastos de cada contrato, de la cuenta de anticipos, y así mismo, al dar respuesta al oficio del 14 de junio de 1989, allegó el certificado del Revisor Fiscal explicando la determinación y registro de los ingresos correspondientes a los contratos por servicios autónomos, precisando que su asiento se llevaba a cabo de acuerdo con las normas generales de contabilidad, que envió la copia de los contratos vigentes en dicho año, con firma del Revisor Fiscal, y no envió los de Comesa y Alcalis de Colombia porque éstos no fueron solicitados por la Administración. Explicó que el artículo 201 del Estatuto Tributario señaló opciones al contribuyente, dentro de las cuales estaba la de diferir los costos y deducciones hasta la realización de los ingresos, siendo libertad de éste escoger en cada contrato la que más se ajustara a sus necesidades.

Alegó, además, la existencia de error en la cuantificación de los ingresos, la improcedencia del desconocimiento del pasivo y de las sanciones, por no darse los presupuestos señalados por la ley para el efecto, y de la revisión del anticipo.

El 15 de diciembre de 1989 la Administración practicó la liquidación de revisión No. 000033 (Fl. 169 cdno. ppal.) en la cual adicionó los ingresos propuestos de: $2.178.575.560 por concepto de contratos de servicios autónomos con Occidental de Colombia; $4.141.395, con Alcalis de Colombia; $586.291, con Comesa; $13.122.322, con Mitsubishi Corporation; $47.240.514, con Promigas, diferencia que resultaba de lo pagado por tales entidades y lo declarado para el ejercicio fiscal por la sociedad contribuyente. Desconoció el pasivo con Diners, Ceat General de Colombia y Rodrigo Acevedo, aplicó las sanciones por inexactitud y libros y reliquidó el anticipo para 1987.

Contra dicho acto administrativo la sociedad recurrió en reconsideración, recurso que la Administración decidió mediante la Resolución 000001 del 10 de enero de 1991 en la que, previa práctica de una nueva inspección contable a la contabilidad de la recurrente, estimó que no hubo la omisión de ingresos en cuantía de $2.186.547.376, que inicialmente propuso, provenientes de las sociedades antes mencionadas Occidental de Colombia, Alcalis de Colombia, Mitsubishi (principalmente) y Propal (Fl. 253 cdno. ppal.), ya que al analizar la contabilidad y los contratos respectivos era innegable

que la actora declaró como ingresos en el año de 1985 la suma de $2.443.627.844.19, por los contratos 5669 y 5805, celebrados con Occidental (Pag. 15 Resolución 00001/91).

Que de los pagos hechos por Alcalis de Colombia el valor de $1.956.308.83 correspondía a reembolso de gastos de nacionalización de cargo de Alco S.A., que no constituían ingreso tributario.

Que los pagos de Mitsubishi Corporation a Distral en 1986 correspondían principalmente a cuentas por cobros de años anteriores, según se derivaba del análisis de la contabilidad de la actora de la inspección tributaria practicada a Mitsubishi, pero que debía mantenerse la adición del valor de $7.615.022 que recibió por concepto del combustible que le suministró para prender las calderas construidas, para prueba, y que el valor de los ingresos recibidos de Propal por $676.172, de los cuales se adicionaron $508.208 correspondían a causaciones del período fiscal de 1985 (Fl. 240 cdno. ppal.).

Confirmo el rechazo del pasivo en razón de que los documentos probatorios (facturas) fueron allegados en fotocopia sin autenticar.

Como consecuencia reliquidó el valor de la sanción por inexactitud y del anticipo, manteniendo sin variar la sanción por libros.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la sociedad contribuyente alegó que el acto administrativo de determinación del impuesto violó los artículos 1618, 1621 inciso 1o., 1622 inciso 1o., 1625 inciso 2o. y 2053 del Código Civil; 49 inciso 2o. del Decreto 3803 de 1982, por falta de aplicación; 16 numeral 2o. inciso 4o., 63, 64 y 69 inciso 2o. del Decreto 2053 de 1974, por error de interpretación, 44 y 124 del Decreto 2053 de 1987 (sic) y 647, 654 y 657 del Estatuto Tributario, por indebida aplicación; 15 del Decreto 2053 de 1974, por indebida aplicación al adicionar ingresos que no fueron omitidos, 742, 745 y 746 del Estatuto Tributario y 22 del Decreto Reglamentario 825 de 1978, por falta de aplicación; 2o. literal b) y 8o. de la Ley 57 de 1985; 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982 y 83 y 84 de la Ley 9a. de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda para reconocer la improcedencia de la adición de ingresos por los pagos efectuados a la actora por Alcalis de Colombia en $2.185.087 y Promigas S.A. por $47.240.514, luego de considerar que si bien, según el artículo 2053 del Código Civil el contrato de obra material se perfecciona en el momento en que es aprobado por quien lo ordenó, debía examinarse el momento de causación del ingreso y del gasto conforme

a las normas fiscales, armonizando para el efecto las normas del derecho privado con las del derecho público, por lo cual era necesario remitirse a las pruebas presentadas cuyo análisis le permitió concluir, estudiado el movimiento contable de anticipos, ingresos causados, diferidos y reembolso de gastos sobre los contratos IDP 5537 e IDP 5575 celebrados con Promigas y Alcalis, respectivamente, que prosperaba el cargo de violación del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, por cuanto el sistema contable utilizado por la sociedad, atendidas la naturaleza del contrato y la forma de pago, no reñía con el sistema de causación establecido en las normas tributarias, y además, el valor diferido y adicionado por la Administración, por concepto del contrato con Promigas, fue denunciado por la actora como ingreso en las declaraciones tributarias del impuesto sobre las ventas presentadas por la misma sociedad en los dos primeros bimestres del año de 1987.

No admitió el cargo contra la adición de ingresos por $586.591 por concepto del contrato celebrado con Industria Metalmecánica S.A. porque no aparecía demostrado que la actora hubiera denunciado la diferencia entre el ingreso recibido y el constatado por la Administración, porque el anexo de la declaración que hace la conciliación entre la utilidad fiscal y comercial no evidenciaba su inclusión dentro de la renta gravable y tampoco era evidente que el ingreso proveniente de Mitsubishi Corporation no correspondiera al año de 1986.

Dio prosperidad al cargo de violación del artículo 124 del Decreto 2053 de 1974 con relación al pasivo con Diners Club, el que aceptó con base en el certificado expedido por la acreedora firmado por el Revisor Fiscal, pero no admitió los de CEAT GENERAL y Rodrigo Acevedo, porque no aparecían certificados. Mantuvo la sanción por inexactitud sobre los ingresos no justificados y aceptó el cargo de violación, por indebida aplicación del artículo 63 del Decreto 2503 de 1987, fundamento de la sanción por libros.

LA APELACION

a) La actora

Al apelar la sentencia del Tribunal solicita se reconozca que si declaró, el total del ingreso causado por concepto de los contratos celebrados con COMESA, Industria Metalmecánica S.A., porque contrariamente a lo expuesto por el *a-quo,* sí demostró en la demanda y demás actuaciones que denunció en la declaración tributaria la totalidad de los ingresos devengados de esta Compañía, pues está aceptado por la Administración y por el propio Tribunal que la totalidad del ingreso fue incluida en el estado de pérdidas y ganancias, como claramente lo expone éste en el primer párrafo (primera frase) de la página 22 de la sentencia apelada y como se deduce de la conciliación entre la utilidad comercial (pérdidas y ganancias de 1986) y la renta líquida gravable declarada.

Con relación a la no aceptación del ingreso con Mitsubishi, afirma que el Tribunal desconoció que la actora lleva la contabilidad por el sistema de causación y por lo tanto su ingreso sólo se origina cuando nace el derecho a exigir su pago y no con el pago mismo. Aduce en su favor el certificado expedido por el Revisor Fiscal que claramente expresa que el dinero recibido, corresponde al pago de cuentas por cobrar que no se originaron en ingresos de 1986, documento que en nada contradice el certificado expedido por Mitsubishi, porque éste no está afirmando que los pagos efectivamente hechos en 1986 correspondan a ingresos del mismo año.

Pide se revise cuidadosamente el mencionado certificado.

Critica a la sentencia de no hacer ningún tipo de consideración en relación con los argumentos expuestos sobre la improcedencia de la sanción por inexactitud, referidos en primer lugar a la indebida aplicación de las normas invocadas como sustento por la Administración, porque no tenían aplicación para el año de 1986; en segundo lugar, por referirse el punto en discusión a diferencias de criterio, y en tercer lugar, porque los datos informados en la declaración de renta, en las respuestas al requerimiento y a oficios de la Administración, son ciertos, completos y fidedignos y no equivocados o desfigurados.

b) La demandada

Al apelar la sentencia estima que el Tribunal desconoce no sólo las normas generales sobre causación, sino las reglas sobre el valor o precio del contrato y forma de pago pactada por las sociedades y las previsiones especiales fijadas para los contratos de servicios autónomos, olvidando que la interpretación de la ley tributaria no puede atenerse a una verdad formal sino que debe buscar la verdad real, y que la denominación de un contrato o la contabilización que se hace de él no puede determinar que se dé o no un tratamiento fiscal; por lo tanto si estaba probado en el proceso, que los contratantes se habían obligado a pagar a la actora un precio y eventualmente unos intereses de mora por la prestación debida, es claro que tal pago en cabeza de unos de los contratantes constituyó una deducción y en el otro un ingreso susceptible de incrementar el patrimonio neto, que debió denunciar en 1986 y que el pretender diferir el ingreso hasta la entrega de la obra, desconoce las normas sobre servicios autónomos que permitan diferir los costos y gastos pero jamás los ingresos.

Critica la aceptación del pasivo con base en el certificado expedido por Diners Club, porque el documento aunque es auténtico no establece en forma clara la realidad de la operación.

En relación con la sanción por libros, dice que el Tribunal no debió acceder a tal pretensión ya que la nulidad con fundamento en la aplicación indebida del artículo 63 del Decreto 2503 de 1987, no fue expuesta claramente en la vía gubernativa, por lo

que el *a-quo* debió proferir fallo inhibitorio en este aspecto; además, la sanción era aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 que la consagraba expresamente, y por lo tanto, observando el principio de la legalidad de las sanciones, procedía la aplicación de esta norma.

Pide se revoque la sentencia en los puntos expuestos.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al alegar de conclusión el apoderado de la demandada, reitera las peticiones formuladas al apelar, y pide que se mantenga la adición de ingresos con fundamento en la inspección contable practicada por la Administración la cual está amparada con presunción legal, y alega en esta oportunidad, que si bien los contratos de servicios autónomos se extendieron "por más de un período fiscal", los funcionarios nunca tuvieron a la vista presupuesto alguno, y la sociedad jamás lo allegó.

Estima que no procedía el estudio del nuevo argumento sobre la improcedencia de la sanción por libros con base en el artículo 63 del Decreto 2053 de 1974, porque el contribuyente no lo expresó en la vía gubernativa.

Pide adicionalmente se confirme la sanción por inexactitud.

EL MINISTERIO PUBLICO

No presentó alegato en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se observa que el asunto fundamental que debe resolver la Sala se refiere a determinar si, efectivamente, la actora al presentar su declaración tributaria incluyó o no los ingresos que debía denunciar atendiendo a las normas tributarias, especialmente las que gobiernan el sistema de causación y los contratos por servicios autónomos; normas aplicables a la sociedad, pues está admitido por la Administración desde el mismo proceso de investigación, determinación y discusión del impuesto, la naturaleza de los contratos cuyos ingresos se cuestionan y el sistema contable de causación utilizado por ésta; y si, en consecuencia, resultaban procedentes las adiciones a los ingresos propuestas en el acta de inspección contable y el requerimiento y concretadas en el acto administrativo de liquidación, así como la imposición de las sanciones por libros e inexactitud.

El concepto de ingreso está claramente determinado por los artículos 15 y 16 del Decreto-Ley 2053 de 1974, y el régimen de los contratos por servicios autónomos, en los artículos 68 y 69 *ibídem* que en su orden disponen:

"Artículo 15.– La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios **realizados** en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados en este decreto se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida, salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en el presente decreto".

"Artículo 16.– Se entienden realizados:

"1.– Los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago como en el caso de las compensaciones o confusiones. **Por consiguiente, los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a rentas no causadas, sólo se gravan en el año o período gravable en que se causen.**

"Se exceptúan de la norma anterior:

"A) Los ingresos obtenidos por los contribuyentes que lleven contabilidad **por el sistema de causación.** Estos contribuyentes deben denunciar los ingresos causados en el año o período gravable, salvo lo que se establece en el presente decreto para el caso de negocios con sistemas regulares de ventas a plazos o por instalamentos...".

"Artículo 68.– En los contratos de servicios autónomos que impliquen la existencia de costos y deducciones, tales como los de obra o empresa y los de suministro, la renta líquida está constituida por la diferencia entre el precio del servicio o servicios y el costo o deducciones imputables a su realización".

"Artículo 69.– **Cuando el pago de los servicios de haga por cuotas y éstos correspondan a más de un año o período gravable,** en la determinación de su renta líquida el contribuyente puede seguir las normas generales de contabilidad **u optar por uno de los siguientes sistemas:**

"1.– Elaborar al comienzo de la ejecución del contrato un presupuesto de ingresos, costos y deducciones totales del contrato y atribuir en cada año o período gravable la parte proporcional de los ingresos del contrato que corresponda a los costos y deducciones efectivamente realizada durante el año. **La diferencia entre la parte del ingreso así calculada y los costos y deducciones**

efectivamente realizados, constituye la renta líquida del respectivo año o período gravable. Al terminar la ejecución del contrato deben hacerse los ajustes que fueren necesarios.

"2.– Diferir los costos y deducciones efectivamente incurridos, **hasta la realización de los ingresos a los cuales proporcionalmente corresponde.**

"Cuando el contribuyente opte por el sistema a que se refiere el numeral 1 de este artículo, el presupuesto del contrato debe estar suscrito por arquitecto, ingeniero u otro profesional especializado en la materia, con licencia para ejercer.

"Para que los contribuyentes puedan hacer uso de la opción consagrada en este artículo, deben llevar contabilidad.

"PARAGRAFO.– Los sistemas previstos en este artículo pueden aplicarse, en cuanto fueren compatibles, a la industria de la construcción". (Destaca la Sala)

La interpretación lógica y armónica de las normas transcritas indica que cuando el contribuyente lleva su contabilidad por el sistema de causación, debe denunciar los ingresos causados en el año, aunque no se haya recibido su pago. Y en razón a que el ingreso debe corresponder a un pago, los recibidos por anticipado, como los que correspondan a ventas no causadas, sólo se gravan en el año o período gravable en que se causan.

Además, no constituyen ingreso en el período, las sumas que se paguen dentro de un ejercicio si éste, de acuerdo con el artículo 16, transcrito, no se ha realizado en este período, así como tampoco lo constituyen los reembolsos de capital, ni la indemnización por daño emergente.

En relación con los llamados contratos por servicios autónomos, contrariamente a lo expuesto por la apoderada de la Nación, según lo señala el artículo 88 del Decreto 187 de 1975, al reglamentar los artículos 68 y 69 del Decreto-Ley 2053 de 1974, la parte de los ingresos recibidos no atribuibles a los costos y deducciones efectivamente realizados, debe tratarse como un ingreso diferido, y es la ley la que indica el proceso a seguir para calcular el ingreso atribuible a cada uno de los períodos gravables, determinando la proporción existente entre el ingreso por el contrato y los costos y deducciones realizadas, para considerar como renta líquida únicamente la diferencia entre la parte del ingreso proporcionalmente calculada a los costos y deducciones efectivamente realizados.

En efecto dice así la norma:

Decreto 187 de 1975.

Artículo 88:

"Cuando en los contratos de servicios autónomos se den las condiciones previstas por el inciso primero del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, y el contribuyente se acoja al sistema contemplado en el numeral 1 de dicho artículo, la parte de los ingresos recibidos no atribuible a los costos y deducciones efectivamente realizados en el ejercicio debe tratarse como un ingreso diferido".

Si bien es cierto que el Decreto Reglamentario en la disposición citada por la apoderada de la demandada exige un presupuesto de ingresos, costos y deducciones totales del contrato, éste no se requiere en todos los casos, sólo se exige cuando se aplica la opción No. 1 del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, pero no cuando se aplican las normas de contabilidad por causación, con base en el inciso 2o. *ibídem.*

El citado presupuesto no fue exigido por la Administración en la inspección tributaria, en la que propuso la adición del ingreso por un motivo diferente, ni con oportunidad del requerimiento, el cual, se acuerdo con la ley, fija los límites del acto de liquidación (arts. 42 de la Ley 52 de 1977 y 45 del Decreto 2503 de 1987), por lo que mal puede pretender ahora que se revoque la sentencia que reconoce el cargo, la cual se fundamenta exclusivamente en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, que para nada se refiere a la exigencia del presupuesto en cuestión.

Tampoco resulta admisible la posición del apoderado de la Nación cuando al alegar de conclusión (Fl. 600 cdno. ppal.) afirma que: "La Administración simplemente se ha acogido a lo preceptuado en el punto de causación, de que los ingresos deben realizarse **cuando se reciben efectivamente** en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, aunque no se haga efectivo el cobro", porque olvida que es la misma ley, la que en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, anteriormente transcrito, enseña que los ingresos recibidos por anticipado y los que corresponden a rentas no causadas, solo se gravan en el período gravable en que se causen, e indica, que: "se entiende causado un ingreso cuando nace el derecho a exigir su pago". Y para determinar este momento, lógicamente debe atenerse a los términos del respectivo acuerdo de voluntades, que señala cuando se entiende entregada la obra, así como al registro de las operaciones contables respectivas y el manejo de anticipos, costos, gastos, diferidos, reembolso de gastos especialmente, en casos como en el que se discute, en el cual el término de ejecución abarca más de dos períodos gravables, como lo admite la Administración.

Hechas las anteriores precisiones analiza la Sala los cargos formulados por las partes a la sentencia de primer grado así:

De la demandada

1) Aceptación del cargo de violación del artículo 15 del Decreto 2053 de 1974.

La demandada considera indebidamente apreciado este artículo por parte del Tribunal, porque, a su juicio, la prueba presentada no desvirtúa la presunción que cobija el Acta de Inspección Contable practicada por la Administración.

En relación con este aspecto la Sala advierte:

En primer lugar, que el acta de inspección contable practicada previamente al requerimiento fue desvirtuada por la propia Administración, que dentro de la etapa de discusión del tributo y atendiendo los cuestionamientos que a la misma hizo el contribuyente ordenó la práctica de una segunda inspección, encontrando una indebida apreciación de los hechos económicos registrados por el contribuyente y conforme a la valoración probatoria de los documentos analizados, reconoció como improcedente la adición de ingresos en cuantía de $2.186.547.376, los que disminuyó de la base gravable en la Resolución 000001 de 1991 al resolver el recurso de reconsideración (Fl. 245 cdno. ppal.).

En segundo lugar, la Sala en repetidas oportunidades ha precisado el alcance de la inspección tributaria frente a los medios de prueba señalados en la ley, exponiendo que la visita administrativa no tiene el carácter de prueba pericial, ni de plena prueba, no solamente porque su práctica no se sujeta a los principios y formalidades de ésta, sino porque adicionalmente a los visitadores que intervienen en ella no les exige la ley la condición de contadores públicos, por lo tanto, el acta solo permite deducir su conformidad con los datos consignados en los libros de contabilidad, sin que en ningún momento constituya prueba de la inexistencia física o falsedad de los conceptos y cifras objeto del examen, y menos que no sea controvertible, ya que la ley da este derecho al contribuyente.

En el caso de autos, es la propia Administración la que al realizar la visita administrativa, admite que lo efectivamente pagado por Promigas S.A. durante el ejercicio fiscal de 1986 y lo contabilizado por la actora corresponde a:

"Contrato IDP 5537 de septiembre 24 de 1984	$27.228.306
Otros servicios	$ 1.929.600
Suministro de repuestos	$ 8.557.135".

Pero en la Resolución 00001 de 1991 página 30 (Fl. 235, cdno. ppal.) sin analizar el movimiento relacionado con los ingresos, desde el momento en que se celebró el contrato, y determinar con base en el valor del mismo los ingresos causados y declarados en los años de 1984 y 1985, así como los diferidos para 1987, y en esta forma cuantificar los realizados al año gravable de 1986, concluye erróneamente que:

"Ahora bien, si DISTRAL, llevara contabilidad de caja tendría que haber declarado en 1986, la cantidad efectivamente recibida de Promigas, o sea $37.715.041, pero como únicamente declaró $2.562.100, dejó por fuera **aun por dicho sistema contable** la suma de $35.152.941". (Destaca la Sala)

No realizó la Administración operación alguna tendiente a demostrar, con base en los costos y deducciones imputables al contrato, efectivamente ocurridos durante el año, la proporcionalidad del ingreso para el ejercicio fiscal, ni exigió los "presupuestos requeridos" para tales efectos.

Dicha omisión no se justifica, si se tiene en cuenta que como lo anunció la Administración en el mismo documento (Fl. 236 cdno. ppal.), la actora en el anexo a la declaración denominado DISTRAL S.A. IDP 5537 "Promigas Contratos en Proceso", informa que "difiere para 1987 el mencionado ingreso".

Analizado el citado contrato que obra a Fl. 2264 cuaderno No. 4 numeración manual tinta azul, firmado el 24 de septiembre de 1984, en el que se encuentra satisfecho el requisito de pago del impuesto de timbre, se lee en su cláusula 4a., que la actora pagará por el total del contrato la suma de $45.368.030 más US$478.170; $667.458 para el transporte de equipos hasta el sitio del proyecto y $9.708.480 para el montaje, los cuales se pagarán:

15% **como primera parte del anticipo,** a la firma del contrato; 15% como la segunda parte del anticipo en el momento de apertura de la carta crédito; el 45% **"contra actas de avance mensual debidamente aprobada por Promigas"** durante los cinco (5) días primeros de cada mes y el 25%, restante, **contra-entrega de la Planta de Concreto en Funcionamiento".**

Según lo expone la actora y lo admite la Administración el acta de entrega sólo se firmó en 1987, luego de expedirse la factura 3766 de enero 30 de 1987, mediante la cual se hace el traspaso del bien fabricado a la contratante PROMIGAS, y mediante nota de contabilidad de septiembre 30 de 1987, comprobante 0709064, se canceló la cuenta 02010221905, con cargo a la cuenta anticipos IDP 5537, año para el cual se difirieron los ingresos, los cuales, como lo afirma el Tribunal y lo admite la Administración en el acta de inspección del 23 de octubre de 1990, página 4 (Fl. 205 cdno. ppal.) figuran en las declaraciones tributarias del IVA del primer bimestre de 1987, radicada bajo el No. 000660 del 29 de mayo de 1987 - 556 DIN Bogotá.

Entonces no existe indebida apreciación de los hechos por parte del Tribunal como lo asevera la apoderada de la demandada, desconociendo la realidad fáctica de que un mismo ingreso no puede gravarse dos veces, una en el año de 1986 como percibido y otra en 1987 como causado en el año y diferido del anterior, por lo que, la sentencia en este punto debe confirmarse.

Así mismo deberá confirmarse la improcedencia de la adición de ingresos por concepto de los pagos recibidos de Alcalis de Colombia por $2.185.087, ya que según el acta de visita de octubre de 1990, que rectifica el acta de agosto de 1989, DISTRAL contabilizó los valores recibidos por el contrato IDP 5575 (cuya copia auténtica se encuentra a folios 2226 a 2233, numeración manual tinta azul del cuaderno No. 4), aparece satisfecha la obligación de pago del impuesto de timbre junto con las correspondientes facturas de cobro y acta final a folios seguidos (2221) así:

Avances al contrato IDP 5575:	
Nota de cobro 064, 056, 057 y 648	$4.120.517.10
Factura 3365 de febrero 13/86 + IVA	$ 219.866.00
Gastos nacionalización (reembolso)	$1.956.308.03
TOTAL	$6.296.691.13

Y a folio 2221 del cuaderno No. 12, obra respecto de los citados pagos, una certificación de la entidad pagadora, firmada por el Vicepresidente Financiero y el Auditor Fiscal de la Contraloría General de la República, en donde consta que del total de los pagos hechos en 1986 a la actora por $6.296.691.13 existen reembolsos de gastos de nacionalización por $1.956.308.03, que incluye IVA por $19.988 y que $1.447.967.50 corresponden a la cuenta de cobro de diciembre 12 de 1985.

Entonces, si DISTRAL manejó en su movimiento contable, cuentas de anticipo, causación, ingreso año, diferidos y reembolso de gastos, contabiliza los pagos como anticipos sobre contratos por servicios autónomos, y difiere igualmente los costos imputables al objeto del contrato para el año de 1987, cuando mediante factura 3793 de marzo 6 de 1987 lo entrega a Alcalis de Colombia, valores todos que aparecen denunciados en las declaraciones tributarias en el año de 1987, no puede decirse que omitió, para efectos de no pagar impuesto, el ingreso en el período gravable de 1986, pues se reitera, de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 los ingresos que se reciben por anticipado, o que corresponden a convenciones en los cuales el objeto del contrato no se ha cumplido, solo deben gravarse en el año o período en que realmente se causan.

Adicionalmente no aparece que las cifras contabilizadas por concepto de ingresos difieran de los certificados, solo que la Administración estima, debieron aclararse como ingreso en 1986 y no diferirse para 1987, como a su juicio y erróneamente lo hizo la sociedad contribuyente.

2) Reconocimiento del pasivo con Diners Club.

De acuerdo con los artículos 124 del Decreto-Ley 2053 de 1974 y 13 del Decreto 3803 de 1982.

"Para que proceda al reconocimiento de las deudas, el contribuyente está obligado:

"1.– A informar, en su declaración de renta y patrimonio, los nombres y apellidos o razón social, el número de cédula de ciudadanía o el de Identificación Tributaria (NIT) asignado al acreedor por las oficinas de Impuestos Nacionales; a indicar el monto de cada deuda.

"2.– A conservar los documentos correspondientes a la cancelación de la deuda, por el término de la revisión oficiosa.

"3.– A retener y consignar el correspondiente impuesto de patrimonio, dentro del plazo para presentar su declaración, acompañando a esta copia simple de los recibos de consignación del impuesto retenido, si los acreedores fueren personas naturales extranjeras, residentes en el exterior, o sucesiones ilíquidas de causantes extranjeros, no residentes en Colombia en el momento de su muerte.

"La disposición de este numeral no se aplica a deudas a corto plazo derivadas de la importación o exportación de mercancías".

"Artículo 13 Decreto 3803 de 1982.

"Los contribuyentes que no estén obligados a llevar libros de contabilidad, sólo podrán solicitar pasivos que estén debidamente respaldados por documentos de fecha cierta. En los demás casos, los pasivos deben estar respaldados por documentos idóneos y con el lleno de todas las formalidades exigidas para la contabilidad".

En el *sub-lite* la actora está obligada a llevar contabilidad por ley e informó los requisitos exigidos por ésta en su denuncio tributario.

Con posterioridad, al dar respuesta al oficio de julio 31 de 1989, acompañó el estado de cuenta No. 5125 del mes de diciembre de 1986, para cancelar antes del 5 de enero de 1987 del Diners Club, en el que consta un valor de cargos para el mes de $841.968.33 y un saldo pendiente diferido sin intereses de $3.576.696.02 (cuaderno de antecedentes No. 5, numeración marcador negro, folio 887 numeración mecánica tinta azul), documento que soporta el asiento del pasivo con esta entidad.

Entonces probado como está dicho pasivo, no asiste razón a la demandada cuando cuestiona la sentencia de primera instancia por haberlo reconocido con base en el certificado expedido por la acreedora debidamente firmado por el Gerente de Contabilidad y el Revisor Fiscal, que lo reitera.

En consecuencia la aceptación del pasivo con Diners Club hecha por el *a-quo* deberá confirmarse.

3) Sanción por libros.

En relación con esta sanción, observa la Sala que el contribuyente la cuestiona desde la misma respuesta al requerimiento (página 42, Fls. 341 a 389 cdno. ppal.), por considerar que la razón que tiene el requerimiento para sustentarla es errada, y precisa cómo los funcionarios para efectos de argumentar que los libros no reflejaban el verdadero movimiento de 1986, se equivocaron al tomar como base para la propuesta de adición de ingresos, la cuenta bancos para suponer que llevaba la contabilidad por el sistema de caja.

Alega que cumplió las exigencias contenidas en los artículos 51, 53, 55, 59 y 60 del Código de Comercio, y que la Administración se limita a decir que los violó, sin expresar en qué consistió tal violación y menos demostrarla.

Al interponer el recurso de reconsideración (página 62 del memorial), cuestiona la sanción por libros, calificándola de improcedente y anota que respecto de ella se pronunció la Administración lo cual indica que se cumplió en este aspecto con el debido agotamiento de la vía gubernativa que exige el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo.

Cosa distinta en que, con oportunidad de la demanda, el contribuyente debidamente asesorado exprese el argumento de violación del ordenamiento superior por indebida aplicación del artículo 63 del Decreto 2503 de 1987, sin que la invocación de la norma legal que en esta oportunidad se exige como requisito de la demanda (art. 137 numeral 4o. Código Contencioso Administrativo), constituya un hecho nuevo, simplemente sería un nuevo argumento.

Desde este punto de vista la Sala comparte la decisión del *a-quo,* toda vez que el Decreto 2503 de 1987, que contempló nuevas modalidades para el hecho infractor y la tasación pecuniaria de la pena, no estaba vigente en el año de 1986, fecha en la que supuestamente ocurrieron los hechos y por lo tanto, en virtud de los principios de legalidad de la sanción, y de irretroactividad de la ley, no podía aplicarse.

De la actora

1) No aceptación del cargo de la indebida adición de ingresos provenientes de Comesa "Industria Metalmecánica" por $586.591.

El cargo fue formulado inicialmente por la Administración en el acta de inspección del 15 de mayo de 1989, oportunidad con la cual, según da cuenta la misma Administración (Fl. 227 cdno. ppal.), los funcionarios visitadores enviaron a DISTRAL S.A. el oficio de mayo 24 de 1989, solicitándole aclaración con plena prueba sobre la

diferencia de $859.919 presentada entre el valor declarado $122.313.367 y el valor contabilizado recibido de Comesa de $123.173.286.

Posteriormente, solicitado el informe a Comesa en junio 16 de 1989, ésta respondió que los pagos por concepto de servicios fueron de $4.884.486, y como los incluidos por la actora en el anexo de la declaración fueron de $4.298.195, propuso en el requerimiento la adición de la diferencia y la concretó en la liquidación oficial.

Con oportunidad de la demanda, la actora afirma que como lo constató la Administración en el acta de inspección, la sociedad registró en la contabilidad la totalidad del ingreso recibido, solo que incurrió en error en la elaboración del anexo respectivo de la declaración de renta, al señalar como ingreso el valor del costo, pero que no incurrió en omisión alguna, toda vez, que este valor aparece declarado en el rubro total de ingresos, como se evidencia de la conciliación que efectúa entre la utilidad comercial y fiscal del ejercicio, que se obtiene con base en el cien por ciento de los registros contables (pág. 94 de la demanda) y en la cual, partiendo de la utilidad comercial que se obtiene de los libros, se llegó a la renta líquida fiscal, sin que en ningún momento haya excluido del total como ingreso no fiscal los $586.591 adicionados por la Administración.

El Tribunal no accedió al reconocimiento del cargo, por considerar que de los elementos probatorios y de la mencionada conciliación entre utilidad comercial y fiscal no podía establecerse que se hubiera incluido dentro de la renta gravable la cantidad discutida.

Con oportunidad de la apelación la actora reitera que está demostrada con los propios estados financieros que contabilizó en sus cuentas de pérdidas y ganancias de 1986, la totalidad del ingreso haciendo las conversiones necesarias para determinar la renta fiscal, y que el error que se presentó en el anexo no se refleja en la declaración de los ingresos tributarios.

La Sala en esta oportunidad observa que evidentemente para el año de 1986 el mismo formulario de declaración tributaria exigía en las columnas 4, 5, 6, 7 y 8 una conciliación entre los ingresos por su valor en libros, discriminando cuáles de ellos constituían ingresos susceptibles de considerarse como renta gravable, cuáles renta exenta, cuáles ganancias ocasionales y cuáles no tenían carácter fiscal por no constituir renta ni ganancia ocasional, dentro de esta misma declaración (Fl. 258 cdno. ppal.).

Se precisa, que los ingresos en libros (columna 4) por concepto de ventas nacionales, prestación de servicios, arrendamientos y alquileres no sufren variación en la columna fiscal No. 5 para efectos del impuesto, solo se presenta variación en los conceptos no discutidos, corrección monetaria, rendimientos financieros, CERT causados, participación en sociedades, los cuales se registran en la columna 8 como

ingresos no constitutivos de renta. Esta declaración que aparece firmada por el Revisor Fiscal de la sociedad, consigna una utilidad contable de $404.071.432, renta líquida fiscal (código KF columna 11) de $436.208.677, idéntica al valor que resulta de la conciliación contable y fiscal (Fl. 127 numeración manual tinta roja cdno. de antds. No. 7) anexo 027 declaración, página 118 en la cual, partiendo de la utilidad contable se descuentan los valores correspondientes a rendimientos financieros (parte no constitutiva de renta ni ganancia ocasional), dividendos no gravables, el ingreso contable por CERT, el anticipo de industria y comercio, pero en manera alguna se descuentan valores por concepto de ingresos por ventas y servicios. Al valor así calculado se agregan el ingreso certificado por CERT y el importe de gastos no deducibles, el componente inflacionario de los rendimientos financieros pagados, la recuperación por depreciación flexible y el anticipo de industria y comercio de 1985, adicionado como gasto para efectos de la utilidad contable del ejercicio.

A juicio de la Sala este movimiento permite concluir que efectivamente el error cometido en el anexo "ingresos Comesa", no se reflejó en el estado de pérdidas y ganancias de la sociedad y por consiguiente tampoco en la declaración tributaria. Prospera el cargo.

2) Adición de ingresos devengados de Mitsubishi $7.615.022.

Este valor fue adicionado por la Administración por cuanto el valor certificado por Mitsubishi sobre pagos efectuados excedía el monto declarado como ingreso en el año de 1986 por la sociedad contribuyente.

El Tribunal no aceptó el cargo de violación de los artículos 742, 745 y 746 del Estatuto Tributario y 15 del Decreto 2053 de 1974, al estimar que los certificados allegados al proceso y expedidos por el Revisor Fiscal no demuestran a qué años corresponden los dineros por las cuentas por cobrar que fueron pagados en 1986 a DISTRAL S.A.

El apoderado de la actora alega en esta oportunidad que el Tribunal desconoció el sistema contable de causación llevado por la sociedad, tal como está demostrado en el expediente y que por lo tanto los ingresos se originaron cuando nació el derecho a exigir su pago, no cuando éste se hizo efectivo. Reitera los argumentos expuestos a lo largo del proceso acerca de que las autoridades de impuestos jamás demostraron que las sumas recibidas por su representada correspondieran a ingresos de 1986 y que en tal sentido el certificado expedido por el Revisor Fiscal, tampoco demuestra para tales efectos que los ingresos correspondían a tal vigencia.

Los certificados debidamente firmados por el Revisor Fiscal, cuya calidad de Contador se encuentra acreditada con el certificado expedido por la Junta Central de Contadores (a folio 1.517 numeración manual tinta azul del cuaderno de antecedentes No. 13), a que hacen alusión tanto el Tribunal como el apelante se hallan a folios 1.558 y 1.559 del cuaderno de antecedentes No. 8 numeración manual tinta azul expresan:

DISTRAL S.A.
MOVIMIENTO DE CUENTAS POR COBRAR DURANTE 1986
CLIENTE: MITSUBISHI CORPORATION

Fecha	Detalle	Débitos	Créditos	Saldo
	Saldo Dic.31/85	32.839.405.16		32.839.405.16
Enero-13	Nuestra NC.DIN No. 011			
	Gastos por giro			
	Dividendos	3.885.50		32.843.290.66
Enero-20	Nuestra NC.DIN No. 025			
	Particip. compra Equipo	1.523.505.00		34.366.795.66
Enero-28	Nuestra NC.DIN No. 035			
	Particip. prima seguros	3.348.833.00		37.715.628.66
Enero-28	Nuestra NC.DIN No. 036			
	Particip. prima seguros	209.176.00		37.924.804.66
Febrero-03	Su cheque No. 1572806			
	Banco Occidente		5.000.000.00	32.924.804.66
Febrero-03	Nuestra NC.DIN No. 047			
	Particip. constr. camp.	1.298.816.50		34.223.621.16
Febrero-07	Su cheque No. 344392			
	Bancoquia		3.877.00	34.219.744.16
Febrero-11	Nuestra NC.DIN No. 060			
	Gastos por giro			
	dividendos	3.857.00		34.223.601.16
Febrero-13	Su cheque No. 1572814			
	Banco Occidente		3.000.000.00	31.223.601.16
Febrero-19	Nuestra NC.DIN No. 069			
	Particip. prima seguros	435.542.07		31.659.143.23
Marzo-20	Nuestra NC.DIN No. 118			
	Gastos por giro			
	dividendos	3.854.00		31.662.997.23
Marzo-31	Su cheque No. 1572836			
	Banco Occidente		2.959.833.48	28.703.163.75
Abril-04	Su cheque No. 5004685			
	Bancoquia		3.784.375.07	24.918.788.68
Abril-09	**Su cheque No. 1572842**			
	Banco Occidente		**7.300.000.00**	17.618.788.68
Abril-24	Nuestra NC.DIN No. 155			
	Gastos por giros			
	dividendos	3.851.00		17.622.639.68
Mayo-07	Nuestra NC.DIN No. 175			
	Gastos por giro			
	dividendos	3.871.00		17.626.510.68

Fecha	Detalle	Débitos	Créditos	Saldo
Mayo-28	NuestraNC.DINNo.207 Gastospor giro dividendos	3.366.00		17.629.876.68
Junio-30	AnulaciónNC.DIN No.271/85		433.499.00	17.196.377.68
Agosto-14	NuestraNC.DINNo.303 Particip.suministroagua	564.107.00		17.196.377.68
Sept.-15	Sucheque No.5004692 Bancoquia		1.298.816.50	16.461.668.18
Sept.-18	NuestraNC.DINNo.358 Gastospor giro dividendos	10.267.00		16.471.935.18
Octubre-16	NuestraNC.DINNo.393 Gastospor giro dividendos	3.679.50		16.475.614.68
Novbre.-07	Sucheque No.0240814 Bancoquia		1.523.505.00	14.952.109.68
Novbre.-19	NuestraNC.DINNo.434 Particip.primaseguros	4.130.421.00		19.082.530.68
Novbre.-24	NuestraNC.DINNo.437 Gastospor giro dividendos	3.846.50		19.086.377.18
Dicbre.-16	NuestraNC.DINNo.491 Particip.suministroagua	552.816.00		21.070.208.18
		46.374.114.23	25.303.906.05	21.070.208.18

(Se destaca)

Del transcrito certificado puede establecerse la existencia en 1985 diciembre 31, de una cuenta por cobrar a Mitsubishi Corporation por $32.839.405.16; que los débitos por los conceptos indicados en tal movimiento son del orden de $46.374.114.43 y los créditos a la cuenta por $25.303.906 para un saldo final de $21.070.208.

La certificación que sirvió de base para la adición de ingresos fue la expedida a petición de la Administración por el Contador Público de Mitsubishi (Fl. 449 numeración mecánica tinta azul cuaderno de antecedentes No. 2) en la cual constan los pagos realizados en 1986 a la actora, con base en comprobantes cuyo número de orden relaciona, adjuntando fotocopias de los documentos de egreso pertinentes, entre ellos el que obra a folio 447 del mismo cuaderno, comprobante de egresos No. 9049, concepto: diferidos-gastos directos $7.300.000 contra cuentas por pagar último pago parcial "según Acuerdo No. 26 de marzo 20 de 1986, cheque 1572842 Banco de Occidente", que es el mismo que figura en la relación de créditos en el movimiento de la cuenta antes transcrita.

La concordancia existente entre lo aseverado por la sociedad (ser el pago una cuenta por suministro de año anterior) y lo que dice el comprobante, constituir la cancelación de un diferido, "último pago según Acuerdo marzo 20 de 1986", permite concluir que efectivamente no hubo omisión de ingresos por este concepto en el año de 1986. Por lo tanto, el cargo habrá de prosperar.

2.– Sanción por inexactitud

El fundamento para la imposición de la sanción en el acto administrativo de liquidación fue el hecho de no haber desvirtuado la contribuyente en tal oportunidad la totalidad de las glosas propuestas (omisión de ingresos) y en consecuencia la mantiene parcialmente y la determina de acuerdo a las nuevas bases de liquidación (art. 44 Decreto 2503 de 1987 y art. 647 del Estatuto Tributario).

Como consecuencia de lo anterior, demostrada la ausencia de la omisión de ingresos tanto en la vía gubernativa como en el proceso contencioso la sanción impuesta deberá levantarse en su totalidad.

Por lo tanto habrá de revocarse la sentencia del Tribunal en sus numerales 2o. y 3o. para declarar en firme la Liquidación Privada 002116 presentada el 14 de julio de 1987, por la sociedad actora, que consta de los siguientes factores:

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
Renta Líquida Gravable	$436.208.677	$143.948.863
Descuentos tributarios		$ 4.886.189
Total a Cargo		$137.672.047

Valor sobre el cual se aplicarán los pagos efectuados por la contribuyente a que haya lugar.

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

FALLA:

1.– REVOCANSE los numerales 2o. y 3o. de la sentencia apelada.

2.– En su lugar fíjase en la suma de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CUARENTA Y SIETE PESOS ($137.672.047) el valor total del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1986 corresponde pagar a la sociedad DISTRAL S.A. NIT 860.008.161

por concepto de Impuesto sobre la Renta y Complementarios conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3.– RECONOCESE al doctor William Rivero Valderrama como apoderado de la demandada a términos del poder que obra a folio 604 del cuaderno principal.

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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

PRINCIPIO DE CAUSACION/ABONO EN CUENTA/INTERESES- Reconocimiento/**SANCION POR RECONOCIMIENTO DE INTERESES SUPERIORES**

En el momento en que la entidad financiera abona la cuenta de los titulares, está reconociendo a favor de ellos tales créditos. No puede ser de recibo el argumento que el reconocimiento de intereses se verifica únicamente con su pago ya que dicha apreciación contraría el principio contable de la causación. No debe perderse de vista que las entidades financieras reconocen intereses a favor de sus clientes, una vez éstos se han causado, independientemente de que se les paguen o no, transacción ésta que se efectúa a través del abono en cuenta. De acuerdo con los principios contables generalmente aceptados, el reconocimiento de hechos económicos hace referencia, o mejor, equivale al proceso de identificar y registrar en la contabilidad los hechos económicos realizados, resulta obligado concluir que la entidad financiera al momento de contabilizar en la cuenta de sus cuentahabientes, intereses superiores a los permitidos reconoció a favor de éstos tales intereses, por cuanto dicha contabilización implicó la aceptación de un pasivo a favor de los titulares de las cuentas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5249. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas". Superbancaria - Sanción. Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la entidad financiera CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA "LAS

VILLAS", contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1993, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, tendientes a obtener la nulidad de las Resoluciones 2399 y 3641 de 1991 proferidas por la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES

La Superintendencia citada, a través de la Resolución 2399 de julio 8 de 1991, sancionó a la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA "LAS VILLAS" en razón a que de la visita realizada por la Superintendencia. se estableció que la entidad financiera venía pagando tasas de interés superiores a las autorizadas, los cuales abonaba como corrección monetaria devengada.

La anterior resolución fue confirmada en su totalidad por la Resolución 3641 de octubre 4 de 1991.

DEMANDA

1. Violación del artículo 29 de la C.P. Arguyó el demandante que con la actuación administrativa se desconoció el principio de legalidad, por cuanto la Superintendencia al expedir los actos administrativos acusados, dio aplicación al artículo 4° del Decreto 1734 de 1988, norma que por expresa disposición del artículo 3o. del Decreto 490 de 1991, se encontraba derogada desde el 20 de febrero de 1991.

Igualmente adujo como violado el derecho de defensa, por cuanto la Superintendencia desatendió las explicaciones rendidas por la entidad financiera, con base en dos supuestos que no se hallan probados, como son los convenios entre LAS VILLAS y algunos de sus clientes, por medio de los cuales se acordó que a los titulares de las cuentas de ahorro se les pagarían rendimientos por encima de los legalmente autorizados y que según anexos del Informe 081 de 1990 se evidenciaba que existía un proceso manual en el cual se aplicaban tasas efectivas superiores a un 4% anual, tope máximo impuesto por el artículo 4o. del Decreto 1734 de 1988. Subrayó que los anexos al Informe 081 no fueron puestos en conocimiento de la entidad vigilada.

2. Violación del artículo 4o. del Decreto 1734 de 1988. En primer término alegó que configuró violación a la citada norma, en atención a que ésta fue indebidamente interpretada ya que a su juicio para que pueda entenderse que la entidad financiera reconoce a favor del titular de la cuenta, intereses a una tasa determinada, éstos deben pagarse y por ende no es suficiente el hecho que la entidad financiera los haya abonado, mediante un asiento en su contabilidad, como un mayor valor en la corrección monetaria generada.

Por último sostuvo que las resoluciones acusadas incurrenen error de hecho y falsa motivación, por cuanto parafundamentar la violación del artículo 4o. del Decreto 1734, se partió de dos supuestos que no fueron probados.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Frente a la violación del principio de legalidad, sostuvo la parte demandada que no se infringió, por cuanto la sanción impuesta correspondía a la aplicable en el momento de la ocurrencia de 1a infracción.

En relación con la violación del derecho de defensa, indicó que la Superintendencia no estaba obligada a remitirle los anexos del informe por ella realizado, por cuanto la entidad vigilada posee los originales de dichos documentos y adicionalmente, porque nunca los solicitó a la Superintendencia.

Precisó que los informes rendidos por los funcionarios de la Superintendencia Bancaria, son bajo la gravedad de juramento y por lo tanto se trata de documentos públicos que por su naturaleza están sujetos a reserva y gozan de autoridad hasta el punto que constituyen plena prueba de los hechos en ellos contenidos.

Respecto de la violación del artículo 4o. del Decreto 1734 de 1988, expresó la parte demandada que la norma hace referencia a reconocer una tasa efectiva de interés y no al pago de intereses, por lo tanto con el abono en exceso en unas cuentas se configura la violación.

Así mismo controvirtió el argumento del demandante, referente a que las sumas abonadas correspondían a corrección monetaria, apoyado en que cuando se aplica corrección monetaria, el reajuste debe hacerse sobre saldos diarios y éste no fue el procedimiento seguido por la Corporación

Sobre el error de hecho y la falsa motivación, alegados por la demandante, reiteró que los anexos que sirven de soporte a los informes, nunca son remitidos a la entidad vigilada, por cuanto éstos están constituidos por fotocopias de documentos que posee la entidad financiera y resultaría inoficioso remitírselos.

Por último solicitó que en caso de declararse la legalidad de los actos acusados, se condene a la entidad financiera a pagar el valor de la multa, ajustado, tomando como base el índice de precios al consumidor

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal desestimó los cargos propuestos en la demanda, así:

Violación del principio de legalidad. Tomando como base el principio de que el juzgamiento debe hacerse conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, el *a-quo* determinó que la norma aplicable en el caso en cuestión debía ser la vigente al momento de la comisión de la infracción.

Violación del derecho de defensa. Para la Corporación es claro que la entidad financiera aceptó que estaba reconociendo una tasa de interés superior al máximo establecido, por cuanto ella misma manifestó a la Superintendencia Bancaria que una vez advirtió el error, procedió a corregirlo, razón por la cual debitó de las mencionadas cuentas, las sumas pagadas en exceso.

Violación del artículo 4o. del Decreto 1734 de 1988. Indebida interpretación. Para el Tribunal la norma fue interpretada correctamente, por cuanto la norma en mención habla de **reconocer** una tasa de interes y no del **pago** de la misma.

Error de hecho y falsa motivación. Este cargo fue desechado, en consideración a que la conducta infractora realmente existió y encaja en los lineamientos del artículo 4o. del Decreto 1734 de 1988.

APELACION

La apoderada de la entidad financiera, LAS VILLAS, centró su recurso en el hecho que su poderdante si bien liquidó en su ámbito interno ciertos rendimientos a los saldos de las cuentas de ahorro glosadas por la Superbancaria, también reversó la operación anterior al percatarse del error en que incurrió y con anterioridad a que el dinero fuese entregado a los titulares de las cuentas. En consecuencia, a juicio de la entidad financiera, sólo puede hablarse de un intento de hecho irregular, el cual no puede ser sancionado.

Adujo también que, el reconocimiento de pago de intereses implica necesariamente el pago de los mismos, por cuanto en el depósito de cuenta de ahorro, la propiedad del bien depositado se transfiere al depositario, obligándose éste sólo a la restitución del mismo género, en la misma cantidad, más los intereses a que hubiere lugar, por lo tanto mientras dicha restitución no se efectúe. la entidad no ha obrado por fuera de la órbita interna administrativa que no trascienda al ámbito del derecho.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por la Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, conceptuó que la sentencia del Tribunal debe ser conf:irmada, por cuanto estimó que es suficiente que se realice la operación contable de abono en cuenta de las sumas en exceso del límite legal, para que se haya incurrido en la violación, ya que de esta forma se reconoció una tasa efectiva de interés por encima del límite legal y el hecho que se haya reversado la operación, no hace desaparecer la infracción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esta instancia, la controversia se centra en determinar si debe entenderse que con el abono en cuenta de intereses superiores a los legalmente permitidos, en la

contabilidad de la entidad financiera demandante, éstos fueron **reconocidos,** o si por el contrario, dicho reconocimiento se efectúa sólo hasta el momento de su pago, para establecer el alcance del artículo 4o. del Decreto 1734 de 1988.

La mencionada norma dispone:

> "En las cuentas de ahorro de valor constante, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda reconocerán a una tasa efectiva de interés hasta el 4% anual sobre el saldo mínimo trimestral expresado en unidades de poder adquisitivo constante –UPAC– siempre y cuando éste sea igual o superior a dos unidades de poder adquisitivo constante –UPAC–".

A juicio de la Sala y tal como lo conceptúa la colaboradora Fiscal. en el momento en que la entidad financiera abona la cuenta de los titulares, está reconociendo a favor de ellos tales créditos.

No puede ser de recibo el argumento que el reconocimiento de intereses se verifica únicamente con su pago, ya que dicha apreciación contraría el principio contable de la causación.

No debe perderse de vista que las entidades financieras reconocen intereses a favor de sus clientes, una vez éstos se han causado, independientemente de que se les paguen o no, transacción ésta que se efectúa a través del abono en cuenta.

De acuerdo con los principios contables generalmente aceptados, el reconocimiento de hechos económicos hace referencia, o mejor, equivale al proceso de identificar y registrar en la contabilidad los hechos económicos realizados.

Así lo entendió el Decreto 2160 de 1986 cuando en su artículo 20 que establece la forma de efectuar el reconocimiento de costos y gastos, trató de manera indistinta el "reconocimiento" y la "contabilización", así:

> "Reconocimiento de costos y gastos. Los costos y gastos se reconocen sobre la base de su correlación con las ventas, o ingresos que los originan. A falta de ella los costos y gastos se contabilizan de acuerdo con las normas básicas de la causación y la prudencia...".

Si se acude a normas que regulen la materia, puede observarse que en materia de impuesto el Estatuto Tributario enseña en su artículo 59 que se entiende causado un costo cuando nace la obligación de pagarlo, aunque no se haya hecho efectivo el pago.

Resulta obligado concluir que la entidad financiera al momento de contabilizar en la cuenta de sus cuentahabientes, intereses superiores a los permitidos (bajo el título de corrección monetaria que mal podía apartarse de la señalada oficialmente),

reconoció a favor de éstos tales intereses, por cuanto dicha contabilización implicó la aceptación de un pasivo a favor de los titulares de las cuentas que por otra parte, quedó demostrado que se trataba de unas cuentas "especiales" con manejo fuera del común de los depositantes, siendo algunos de ellos accionistas o vinculados económicamente a la Corporación.

Frente al argumento del apelante, relativo a que la infracción no se cometió por cuanto la operación fue reversada antes del pago efectivo y por lo tanto, sólo hubo una intención, reitera la Sala que las conductas sancionables en el derecho administrativo, no pueden ser analizadas con los mismos criterios que enseña el Derecho Penal, sin que se vea la ocurrencia de figuras como la de la tentativa.

Se anota que la norma que consagra la sanción en cuestion. no hace referencia alguna al pago de los intereses, sino al reconocimiento de estos por encima del tope permitido, con lo cual se incurre en la conducta sancionable por el solo acaecimiento de esto último.

Así las cosas encuentra la Sala que con el abono en cuenta efectuado por la actora de intereses superiores a los permitidos para los depósitos ordinarios se configuró la infracción bancaria, independientemente de si éstos fueron efectivamente pagados y por lo tanto la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1993, en el juicio No. 2198.

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.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION/OBRAS DE MANTENIMIENTO/ NULIDAD–Procedencia

El Decreto 3635 de 1986 es muy claro en precisar, concretamente en el parágrafo del artículo 24, que las obras comunes de mantenimiento están excluidas del gravamen de valorización, ya que su realización queda a cargo de la Secretaría de Obras Públicas de Departamento. Por otra parte, la Corporación ya ha decidido el mismo asunto en los procesos Nos. 8497 y 4376 en los cuales se declaró la nulidad de los artículos 1 y 2 de la Resolución V000176 del 1o. de diciembre de 1989 expedida por el Fondo Departamental de Valorización de Cundinamarca, por los que liquidó, distribuyó y asignó la contribución causada por las obras de parcheo y repavimentación de la vía Tabio-Cajicá, al considerar que respecto de los cuales se causa tal gravamen no están expresamente contempladas como aquellos estas obras, siendo entonces de mantenimiento y estando excluidas del gravamen conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 24 del Decreto 3635 de 1986. En conclusión la norma acusada es ilegal, pues contraviene el Decreto 3635 de 1986, incurriendo por consiguiente en causal de nulidad conforme a lo estatuido por el art. 84 del Código Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5443. Actor: Ramón de la Torre Lago. C/Fondo Rotatorio Departamental de Valorización de Cundinamarca. Consulta sentencia de 7 de febrero de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Nulidad y restablecimiento

del derecho. Resolución V000176 del 1o. de diciembre de 1989 del Fondo Rotatorio Departamental de Valorización de Cundinamarca. Fallo.

Decide la Sala en grado de consulta lo resuelto en sentencia de 7 de febrero de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda y anuló los artículos 1o. y 2o. de la Resolución No. V000176 de 1o. de diciembre de 1989, expedida por el Fondo Rotatorio Departamental de Valorización de Cundinamarca, por la cual liquidó, distribuyó y asignó la contribución de valorización causada por las obras de parcheo y repavimentación de la vía Tabio-Cajicá, específicamente al predio "Golpe de Agua" predio 2 de propiedad de Ramón de la Torre Lago, por la ubicación y linderos señalados en la citada resolución y sus anexos.

ANTECEDENTES

El FONDO ROTATORIO DEPARTAMENTAL DE VALORIZACION DE CUNDINAMARCA, profirió la Resolución No. V000176 del 1o. de diciembre de 1989 "por la cual se liquida y distribuye la contribución de valorización causada por las obras de parcheo y repavimentación de la vía Tabio-Cajicá".

– El Fondo Rotatorio Departamental de Valorización de Cundinamarca, notificó mediante edicto fijado el 12 de diciembre de 1989, la resolución impugnada.

Ante la falta de notificación personal de tal resolución, y siendo de público conocimiento que las fincas de la región se estaban gravando con una contribución de valorización, el demandante presentó un memorial ante la entidad a fin de que le fuera notificada la Resolución V000176.

En respuesta a la petición anterior, el Fondo Rotatorio Departamental de Valorización de Cundinamarca, mediante oficio No. 66-0284 del 21 de agosto de 1990, oficio que no fue entregado personalmente al demandante; solicita al señor Ramón de la Torre Lago hacerse presente en las oficinas del Fondo a efectos de que en forma personal tuviera conocimiento de la Resolución V000176. Además le informa que había sido notificada mediante edicto fijado en la Secretaría General de ese despacho el 12 de diciembre y desfijado el 26 de diciembre de 1989, quedando en firme el 3 de enero de 1990, por no haberse interpuesto recurso alguno contra tal decisión.

El 10 de mayo de 1991, el señor Ramón de la Torre Lago, ante la ausencia de notificación personal, y a efectos de poder acudir ante el Contencioso Administrativo, se dio por legalmente notificado de la Resolución V000176.

Como contra la resolución impugnada procedía únicamente el recurso de reposición, el cual no es obligatorio para acudir a la vía gubernativa. El señor Ramón de la Torre Lago mediante apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restableci-

miento del derecho contra la Resolución No. V000176 alegando violación directa de la ley, en este caso del Decreto 3635 del 29 de diciembre de 1989, pues, el artículo 23, de este decreto, no prevé las obras de parcheo y repavimentación como generadores de la contribución de valorización, pues, se trata de típicas obras de mantenimiento exentas para tal gravamen por el legislador departamental, en el parágrafo del artículo 24 del mismo decreto.

Afirma también, el demandante, que dicha resolución fue dictada por funcionario incompetente, pues, el Gerente del Fondo Rotatorio de Valorización de Cundinamarca, no tenía esta facultad, usurpando tal competencia a la Junta Directiva de dicha entidad.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado judicial del Fondo Rotatorio Departamental de Valorización de Cundinamarca, se opone a que se declare la nulidad de la resolución impugnada, por haberse cumplido estrictamente con los requisitos exigidos por el Decreto 3635 de 1986, y demás normas concordantes y, solicita negar las peticiones de la demanda y condenar al demandante a cancelar el gravamen de contribución asignado más los intereses de mora y financiación causados hasta el momento de la sentencia.

Afirma que la entidad no ha incurrido en violación alguna de los decretos y ordenanzas vigentes, y aclara que, si una persona pide la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y el restablecimiento del derecho, deberá demostrar necesariamente que ha agotado la vía gubernativa.

Reitera que el artículo 24 aludido manifiesta que la contribución por valorización se causa por todas aquellas obras de interés público y social, sin excluir las referentes a parcheo y repavimentación, por cuanto, éstos benefician a los inmuebles ubicados dentro de la vía objeto de mejoramiento, todo ello reflejado en una plusvalía de los inmuebles.

Aduce que el acto administrativo atacado fue expedido en estricta aplicación a lo ordenado en el Decreto 3635 de 1986, y demás normas concordantes, por funcionario competente, debidamente posesionado, sin abuso de poder, ni violación de normas de derecho sin omitir ni usurpar las funciones de la Junta Directiva de la entidad.

Propone las siguientes excepciones:

– Inexistencia de Causa, pues el apoderado cita una violación de normas en forma muy subjetiva, sin demostrar la causa en forma real y concisa.

– Omisión de actuación administrativa:

Se concreta esta excepción, en el no agotamiento de la vía gubernativa por no interponerse el recurso de reposición, en razón a que debe entenderse como conformador de una vía especial con el fin de darle una oportunidad a la Administración para que aclare, modifique o revoque una decisión que pueda causar agravio a los intereses del contribuyente.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de febrero 7 de 1994, accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que el recurso de reposición contra el acto acusado, de conformidad con el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo no es obligatorio, por lo cual el demandante podía acudir directamente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Transcribe apartes de la sentencia del Consejo de Estado, en el proceso No. 4376, de octubre 15 de 1993, Magistrado Ponente: Doctor Delio Gómez Leyva, en la cual se demandan los mismos actos acusados y se aducen los mismos argumentos, pronunciándose sobre los puntos esenciales de esta controversia, que comparte el Tribunal, para concluir que la acción instaurada no estaba caducada por cuanto la notificación de la resolución acusada no se hizo en legal forma, teniéndose, entonces, como fecha de notificación, la fecha en que la actora manifiesta darse por notificada.

Al estudiar el asunto de fondo, encuentra el Tribunal que la Consejera: Doctora Consuelo Sarria Olcos, ya se ha pronunciado en un caso similar en donde claramente se deduce que las obras de parcheo y repavimentación de la vía Tabio-Cajicá, no están contempladas expresamente en el artículo 23 de Decreto 3635 de 1986, por consiguiente, se colige tratarse de obras comunes de mantenimiento excluidas del gravamen, según el parágrafo del artículo 24 *ib.,* careciendo entonces la liquidación, distribución y recaudo de norma legal que las autorice.

Concluye el Tribunal, que el *petitum* de la demanda está llamado a prosperar ya que lo ordenado en los artículos 1 y 2 de la Resolución V000176 de 1989, es contraria a las disposiciones antes descritas.

CONSIDERACIONES

El Decreto 3635 de 1986, por el cual se modifican los estatutos del Fondo Rotatorio Departamental, publicado en la Gaceta de Cundinamarca, No. 10.868 de 30 de diciembre de 1986, en sus artículos 23 y 24 dispone:

"Artículo 23. TIPOS DE OBRAS".

"Causan la Contribución de Valorización, la ejecución de las siguientes obras de interés público".

"a) Rectificación, ampliación, construcción de obras de arte, afirmado y pavimentación de las vías municipales e intermunicipales";

"b) Construcción de puentes y canales";

"c) Redes para la conducción de servicios públicos";

"d) Pasos elevados y subterráneos para la intersección de vías";

"e) Pavimentación de calles urbanas";

"f) Y en general todas aquellas obras de interés público y social".

"Artículo 24. El desarrollo o trámite genérico de la realización de una obra y su recaudo será:

"a) Por solicitud del Alcalde, Concejo Municipal, juntas de acción comunal, por los propietarios interesados o por decisión de la Junta del fondo Rotatorio Departamental de Valorización de Cundinamarca";

"b) Elaboración de los proyectos de la obra y estudio socio-económico y determinación de la zona de influencia y pliego de condiciones";

"c) Concepto y autorización de la Honorable Junta Directiva del Fondo Rotatorio Departamental de Valorización de Cundinamarca";

"d) Asamblea de propietarios y elección de representantes";

"e) Realizacón de la obra";

"f) Reunión de la Administración con los representantes de propietarios para la determinación y aprobación del monto a distribuir y forma de pago";

"g) Liquidación, distribución y recaudo de la contribución";

"h) Reajustes de las liquidaciones provisionales";

"i) Recaudo por la jurisdicción coactiva";

"j) Entrega de la obra a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento".

"Parágrafo. El Fondo responderá a los usuarios por un término de dos (2) años, por el cumplimiento y calidad de la obra, haciendo efectivas las respectivas pólizas. Las obras de mantenimiendo quedan a cargo de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento y en consecuencia fuera de gravamen de valorización".

La norma es muy clara en precisar, concretamente en el parágrafo del artículo 24, que las obras comunes de mantenimiento están excluidas del gravamen de contribución de valorización, ya que su realización queda a cargo de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento.

Por otra parte, la Corporación ya ha decidido el mismo asunto en los procesos No. 8497 de febrero 7 de 1994, Magistrado Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos y No. 4376 de octubre 15 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Delio Gómez Leyva, en las cuales se declaró la nulidad de los artículos 1 y 2 de la Resolución V000176 del 1o. de diciembre de 1989 expedida por el Fondo Departamental de Valorización de Cundinamarca, por los que liquidó, distribuyó y asignó la contribución de valorización causada por las obras de parcheo y repavimentación de la vía Tabio-Cajicá; al considerar que respecto de los cuales se causa tal gravamen no están expresamente contempladas como aquellos estas obras, siendo entonces de mantenimiento y estando excluidas del gravamen conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 24 del Decreto 3635 de diciembre 29 de 1986.

En conclusión, la norma acusada es ilegal, pues contraviene el Decreto 3635 de 1986, incurriendo por consiguiente en causal de nulidad conforme a lo estatuido por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

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 7 de febrero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso No. 8.494.

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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

LIBROS DE CONTABILIDAD/LIBRO DE INVENTARIOS Y BALANCES/ LIBRO DIARIO/LIBRO MAYOR Y BALANCES/LIBRO DE ACTAS

A pesar de no existir norma legal que determine expresamente los libros obligatorios, ellos surgen de los mismos requerimientos de la ley comercial y tributaria. Así, del artículo 51 del Código de Comercio, que obliga al comerciante al iniciar sus actividades y por lo menos una vez al año a elaborar un inventario y un balance general, se puede establecer la necesidad de llevar el libro de "balances" y el de "inventarios". De los artículos 28 numeral 7o., 180 y 195 *ibídem,* se infiere la existencia de los Libros de Registros de accionistas, las Actas de Asambleas y Juntas de Socios, así como los de Juntas Directivas de las Sociedades Mercantiles. Así mismo, del artículo 53 del Código de Comercio, que exige el asentamiento cronológico de las operaciones, de la exigencia de aplicación de la partida doble y del artículo 33 numeral 10, del Decreto 2821 de 1974, que exige que la contabilidad debe mostrar fielmente el movimiento diario de ventas y compras y que permite su expresión global, previo cumplimiento de determinados requisitos, surge la necesidad de los libros "diario" y "mayor".

LIBRO DE CUENTA Y RAZON/LIBRO DIARIO/LIBRO MAYOR/DICTAMEN PERICIAL–Validez

De las normas comerciales y tributarias sí se deriva la exigencia del libro diario como principal, sin perjuicio de llevar otros libros como el mayor y balances en los cuales como es obvio se resumen los asientos del libro diario al mayorizarlos. Para que estos libros constituyan prueba en favor de quien los lleva deben responder a las exigencias de la ley especialmente en lo relacionado con el registro. De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 sí estaba obligada la actora a

llevar un libro registrado, que le permitiera cumplir con las exigencias señaladas en la ley al asentar sus operaciones. Como el experticio señala la existencia del libro de "cuenta y razón" registrado en 1978, luego el mismo da certeza sobre los hechos y si se tiene en cuenta que este experticio no fue objetado, ni pedida su aclaración por ninguna de las partes en el proceso en la oportunidad debida, mal puede pretender el apoderado de la demandada en esta oportunidad tachar de no ser cierta, la afirmación en él contenida acerca del cumplimiento del contribuyente de registrar diariamente sus operaciones en libro registrado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5351. Actor: Derivados del Maíz S.A. Nit 90.903.430. Impuesto-Renta 1979 Sanción por Libros. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada: Dirección de Impuestos Nacionales - Administración de Impuestos de Medellín, contra la sentencia del 8 de octubre de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad DERIVADOS DEL MAIZ S.A. NIT 90.903.430, para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín le revisó la declaración privada del impuesto de renta y complementarios para aplicarle sanción por libros de contabilidad.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1979, el día 17 de abril de 1980, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, y en su liquidación privada determinó su impuesto a cargo por $34.655.965. Esta declaración fue adicionada el día 17 de octubre del mismo año.

Mediante auto comisorio RG-066 de abril 14 de 1982 la Administración ordenó la práctica de una inspección contable cuyos resultados se consignaron en el acta correspondiente de inspección y observaciones.

Previo requerimiento especial No. OAE 046 del 26 de septiembre de 1982, la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, practicó la liquidación de revisión No. 017 del 20 de enero de 1983 en la cual mantuvo los impuestos liquidados

privadamente por el contribuyente pero, aplicó sanción por libros, cuantificada en la suma de $11.755.180, al considerar que el contribuyente no tenía registrado el libro de "cuenta y razón".

En memorial presentado el 18 de marzo de 1983, la sociedad interpuso recurso de reconsideración, alegando improcedencia de la sanción, porque de conformidad con las normas comerciales y fiscales carecía de fundamento la sanción impuesta, porque el libro mencionado es sólo un libro de detalle, cuyos asientos contables estaban respaldados por los libros principales debidamente registrados como el Mayor y Balances y el de Inventarios y Balances debidamente acreditados ante la Administración.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, luego de hacer el análisis de los hechos de la demanda, los fundamentos jurídicos de la acción y la prueba practicada, acogió las súplicas de la demanda al considerar que de acuerdo con los artículos 48 y 49 del Código de Comercio, no era cierto que el libro de cuenta y razón, que exigía la Administración, debía estar registrado en la Cámara de Comercio porque estas normas no señalaban en forma concreta cuáles libros de contabilidad debía registrar el comerciante, por el contrario, les da plena libertad para escogerlos de acuerdo con las necesidades del negocio y no podía la Administración hacer exigencias que no estaban contempladas en la ley, como la de registrar el libro de "cuenta y razón".

LA APELACION

La entidad demandada a través de apoderado apeló la sentencia alegando, que de acuerdo con los artículos 34 del Decreto 2821 de 1974; 26 y 28 del Código de Comercio, la sociedad se hizo acreedora a la sanción toda vez que el libro de cuenta y razón ha sido considerado doctrinariamente como un libro principal de contabilidad, lo que le da costumbre de obligatorio.

Invoca como fundamento, la descripción que del mismo hace el tratadista John Cardona en el "Diccionario de Términos Contables para Colombia", y concluye, que si bien los artículos 49, 50, 52 y 53 del Código de Comercio no relacionan taxativamente los libros que deben llevar los comerciantes, si indican determinadas obligaciones mercantiles cuyo cumplimiento requieren por lo menos, los libros de contabilidad Mayor, Diario e Inventarios y Balances, pues sólo con ellos pueden cumplirse las normas contables relativas al sistema de partida doble.

Repite lo expuesto por la Administración sobre el registro de los libros y afirma que si bien es cierto que el numeral 4o. del artículo 29 del Código de Comercio establece que la inspección puede solicitarse en cualquier tiempo y no fija un término para lle-

varla a efecto, los actos o documentos sujetos a registro no producen efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción.

Concluye: "Y es claro, como los asientos del libro cuenta y razón se realizaron en forma extemporánea, o sea en fecha posterior al 8 de febrero de 1980, fecha en que el mencionado libro se registró, por cuanto la sociedad contribuyente decidió reemplazar su libro caja diario, o sea que de lo anterior se deduce que, sólo a partir de la fecha del registro de dicho libro, los asientos contables realizados en el libro cuenta y razón surten sus efectos y serán oponibles a terceros, situación ésta que a todas luces constituye la infracción a la norma citada y genera la aplicación de la sanción liquidada en la actuación administrativa impugnada".

Finalmente considera que la sanción debe liquidarse de acuerdo con la norma que estaba vigente al momento de expedirse el acto oficial de liquidación.

Pide se revoque la sentencia.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al alegar de conclusión, el apoderado de la demandada, luego de reiterar los argumentos expuestos acerca de la forma de llevar los libros de comercio, objeta el dictamen pericial y afirma que: "No es cierto que el libro de "cuenta y razón" existiera paralelamente a ningún otro libro, porque ese entra a reemplazar uno primero que deja de tener o continuar con su existencia contable".

EL MINISTERIO PUBLICO

No presentó alegato ninguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El punto al cual se contrae la *litis* en esta oportunidad, es el concerniente a la obligación que existía para la actora de llevar como principal el libro de cuenta y razón y en consecuencia llevarlo registrado.

El fundamento para imponer la sanción, según lo anota textualmente el acto administrativo de liquidación, página 2 de la nota explicativa fue:

> "El artículo 33 del Decreto 2821 de 1974 establece que la Contabilidad de los Comerciantes deberá sujetarse al Título IV del Libro 1o. del Código de Comercio y además cumplir con lo estipulado por el numeral 7o. artículo 28 y el numeral 4 del artículo 29 del Código de Comercio cuyo tenor literal expresa: Los libros de contabilidad deberán inscribirse en el Registro Mercantil y que dicha

inscripción podrá solicitarse en cualquier tiempo; si la Ley no fija un término especial para ello; pero **los actos y documentos sujetos a Registro no producen efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción** (destaca la Oficina), así mismo, el artículo 50 del mismo código literalmente ordena que la Contabilidad solamente podrá llevarse en libros registrados".

"De acuerdo con lo antes expuesto y en base a la observancia general del Acta de Inspección y Observaciones en la cual dejó constancia de que el libro de Contabilidad apropiado para las características del negocio utilizado por la Sociedad para registrar sus operaciones mercantiles denominado "Cuenta y Razón", serie No. 1063, registrado en la Cámara de Comercio de la ciudad de Medellín el día 8 de febrero de 1980, contiene los asientos contables correspondientes al período comprendido desde el mes de marzo hasta el 31 de diciembre de 1979, se colige que este libro de cuenta y razón, surte efectos ante terceros a partir de la fecha de su registro o inscripción en la Cámara de Comercio, o sea a partir del 8 de febrero de 1980 y no con retroactividad al mes de marzo de 1979; de donde se concluye que la Sociedad no llevó en libros registrados la Contabilidad durante el período comprendido entre los meses de marzo a diciembre de 1979".

Según da cuenta la misma apoderada de la demandada, en memorial de agosto 10 de 1985 (Fl. 42) la sociedad contribuyente:

"Inicialmente hasta el 10 de agosto de 1976 llevaba el libro Caja Diario, que fue reemplazado para cumplir las mismas funciones por el de "cuenta y razón" cuyo primer registro según certificado de la Cámara de Comercio **data del día 7 de marzo de 1978, seguido por otro del 23 de octubre de 1978, y el cuestionado No. 1063 que se registró el día 8 de febrero de 1980,** datos estos que fueron extractados del certificado de la misma entidad obrante en el expediente a folio 176 de la División de Recursos Tributarios".

A juicio de la Sala en relación con los libros de contabilidad es necesario distinguir los requisitos que debe reunir la contabilidad para que sirva como prueba, de las irregularidades que en tales registros originan sanciones en las normas fiscales, aspectos estos que confunde la Administración al imponer la sanción aduciendo que el libro de "cuenta y razón" sólo es oponible a terceros a partir de su registro, cuando realmente según lo expuesto por ella misma, no se pretenden desconocer los asientos respectivos para efectos tributarios.

Según enseña el artículo 49 del Código de Comercio, para los efectos legales, cuando se hace referencia a los libros de comercio, se entienden por tales los que determina le ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el entendimiento de aquellos.

A pesar de no existir norma legal que determine expresamente los libros obligatorios, ellos surgen de los mismos requerimientos de la ley comercial y tributaria. Así, del artículo 51 del Código de Comercio, que obliga al comerciante al iniciar sus actividades y por lo menos una vez al año a elaborar un inventario y un balance general, se puede establecer la necesidad de llevar el libro de "balances" y el de "inventarios".

De los artículos 28 numeral 7o., 180 y 195 *ibìdem*, se infiere la existencia de los Libros de Registros de Accionistas, las Actas de Asambleas y Juntas de Socios, así como los de Juntas Directivas de las Sociedades Mercantiles.

Así mismo, del artículo 53 del Código de Comercio, que exige el asentamiento cronológico de las operaciones, de la exigencia de aplicación de la partida doble y del artículo 33 numeral 1o. del Decreto 2821 de 1974, que exige que la contabilidad debe mostrar fielmente el movimiento **diario de ventas y compras,** y que permite su expresión global, previo cumplimiento de determinados requisitos, surge la necesidad de los libros "diario" y "mayor".

De las disposiciones inherentes al impuesto sobre las ventas (art. 41 del Decreto 3541 de 1983) se deriva la exigencia del Mayor y Balance, así como la exigencia del registro "auxiliar de ventas y compras".

Es decir que de las normas comerciales y tributarias sí se deriva la exigencia del libro diario como principal, sin perjuicio de llevar otros libros como el mayor y balances en los cuales como es obvio se resumen los asientos del libro diario al mayorizarlos. Para que estos libros constituyan prueba en favor de quien los lleva deben responder a las exigencias de la ley especialmente en lo relacionado con el registro.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974, norma vigente para el año de 1979, el cuestionado:

> "En lo concerniente al control tributario se consideran como hechos irregulares los siguientes hechos:
>
> 1. No llevar contabilidad, si hubiese obligación de llevarla, establecida por la ley o reglamento.
>
> **2. No tener registrados los libros de contabilidad, si hubiere obligación de registrarlos,** establecida por ley o reglamento.
>
> 3. No llevar los libros apropiados para las características del negocio o llevarlos en forma que no reflejen su verdadero movimiento.
>
> 4. No exhibir los libros de contabilidad, cuando las autoridades tributarias competentes lo exigieren.

5. Llevar doble contabilidad". (Destaca la Sala)

De acuerdo con lo anterior sí estaba obligada la actora a llevar un libro registrado, que le permitiera cumplir con las exigencias señaladas en la ley al asentar sus operaciones.

Pero, la existencia del libro en cuestión puede establecerse del mismo contenido del acto administrativo, memorando explicativo; de la aseveración hecha por la representante de la demandada (antes anotada, Fl. 42 del Exp.); de la diligencia de inspección judicial y especialmente del experticio rendido por los auxiliares de la justicia Alfonso Uribe y Luz María Jiménez (Fls. 57 a 64), según el cual la actora sí llevaba un libro diario llamado "caja diario", registrado en la Cámara de Comercio de Medellín, con los números 569 de marzo 15 de 1965 que registra operaciones desde junio 30 de 1965; 362 del 20 de febrero de 1969, con registro de operaciones hasta diciembre de 1970; 121 del 25 de enero de 1971, con asientos hasta diciembre 30 de 1973; 18036 del 18 de febrero de 1974 hasta mayo de 1976 y **"el No. 420906"** registrado el 10 de agosto de 1978 con asientos así:

"1977 todo el año".

"1978 todo el año".

"1979 todo el año".

También señala tal experticio la existencia del libro llamado de "cuenta y razón" con registro 1603 de mayo 7 de 1978, hojas 001 a 2.500 y No. 8140 de octubre 23 de 1978, hojas 2.501 a 4.500.

Las observaciones de los peritos, en relación a los libros diario, caja y "cuenta y razón" revisados, expresan:

"CAJA DIARIO

"Contiene los movimientos propios de este libro desde que la Sociedad empezó actividades hasta diciembre 31/80. No encontramos ninguna objeción respecto a este tipo libro, pues está adecuadamente manejado, sin incurrir en fallas como tener enmendaduras, borrones o dejar espacios en blanco".

"CUENTA Y RAZON

"A partir de enero de 1977 aparece este libro, en forma continua, reflejando los movimientos de la Empresa hasta la fecha.

"La implantación paralela, a la contabilidad manual en la fecha citada en el párrafo anterior, de un sistema computarizado, dio origen al libro de Cuenta y Razón, que reemplaza a los libros principales Diario y Mayor.

"Estos libros no fueron eliminados de inmediato y se **mantuvieron hasta diciembre de 1979 el Caja Diario y el Mayor y Balances hasta diciembre de 1980,** como los consignamos en este mismo informe en párrafos anteriores".

"... La existencia del libro de cuenta y razón en **forma paralela** en el ejercicio al cual se refiere nuestro dictamen no altera la condición establecida para los demás libros".

El anterior dictamen da certeza sobre los hechos y si se tiene en cuenta que este experticio no fue objetado, ni pedida su aclaración por ninguna de las partes en el proceso en la oportunidad debida, mal puede pretender el apoderado de la demandada en esta oportunidad tachar de no ser cierta, la afirmación en él contenida acerca del cumplimiento del contribuyente de registrar diariamente sus operaciones en libro registrado.

No encuentra así la Sala fundamento legal 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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.– CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 8 de octubre de 1993, en el juicio 19920.

2.– RECONOCESE al doctor William Rivero Valderrama como apoderado de la demandada a términos del poder que obra a folio 136 del expediente.

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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

RETENCION EN LA FUENTE–Objeto/**RETENCION EN LA FUENTE**–Causación/**PAGO/ABONO EN CUENTA/SISTEMA DE CAUSACION**

La retención en la fuente es un mecanismo a través del cual la Administración logra el recaudo inmediato de un porcentaje preestablecido y que a título de impuesto se retiene cada vez que se efectúan pagos considerados como ingreso tributario para su beneficiario. Conforme al artículo 367 del E.T. el objeto de la retención es que en lo posible el impuesto se recaude en el mismo ejercicio gravable en que éste se cause. Por regla general y de acuerdo con las normas reguladoras de la materia, la retención en la fuente debe efectuarse en la fecha en que contablemente se registren las operaciones que la originan y solo en casos especiales en la fecha en que se verifique el respectivo pago.

RETENCION EN LA FUENTE–Imputación/**SISTEMA DE CAUSACION/ CONTABILIDAD PRESUPUESTARIA/CONTRATISTA DE OBRAS PUBLICAS/RETENCION EN LA FUENTE**–Contabilización

Si la retención en la fuente se debe efectuar en el momento en que se realice el pago o abono en cuenta, el contribuyente igualmente, debe incluirla en la declaración correspondiente al mismo período en que causó el ingreso y le fue practicada la retención. Para la procedencia de la imputación en la declaración de 1989, de la contribuyente, lo importante era que coincidiera con la causación de las rentas que le daban origen en el mismo año, con base en las cuentas de cobro presentadas al Ministerio en aplicación de su sistema contable mercantil y tributario de causación. El hecho de que el Ministerio hubiere dado un tratamiento contable diferente o no coincidente en razón de su sistema de contabilidad presupuestaria (art. 36 Ley 42 de 1993) no afecta la validez

de las retenciones practicadas al contratista, ni el derecho de éste de solicitarlas en el año en que le fueron practicadas.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5305. Actor: Pavimentos y Construcciones de Colombia "Pavicol" Ltda. C/ La Nación. Corrección declaraciones tributarias. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Nación, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 1o. de octubre de 1993, mediante la cual anuló los actos administrativos que negaron la solicitud de corrección de la declaración privada del Impuesto sobre la Renta a cargo de la actora por el año gravable de 1989.

ANTECEDENTES

La sociedad PAVIMENTOS Y CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA LTDA. "PAVICOL", presentó su declaración de renta por el año gravable de 1989 el 16 de abril de 1990. El 14 de junio de 1990 solicitó a la Administración la corrección de la declaración tributaria, a fin de modificar el rubro de retención en la fuente por servicios.

En desarrollo de tal solicitud, la Administración realizó inspección a los libros de contabilidad de la sociedad, la cual se llevó a cabo a través del Auto Comisorio No. LGC-0056 del 1o. de octubre de 1990.

La Administración de Impuestos de Medellín por medio de Resolución No. 0029 del 17 de octubre de 1990 negó la solicitud de corrección por cuanto las retenciones en la fuente contabilizadas durante el año 1989 totalizaron $11.309.339 y las informadas en el proyecto de corrección fueron $11.955.000, presentándose una diferencia no contabilizada de $645.661.

Oportunamente el contribuyente interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación, en los cuales manifestó que el funcionaro no tuvo en cuenta que la diferencia corresponde a retenciones practicadas durante el año de 1989 que fueron contabilizadas en el año 1990, en los meses de abril y mayo, cuando se logró aclarar con el Ministerio de Obras Públicas los valores retenidos por dicho período. Acompañó como prueba certificado de contador público.

Los recursos fueron desatados a través de las Resoluciones Nos. 007 de 1990 y 007 de 1992, que confirmaron el acto recurrido. Con esta última se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Acudió la sociedad actora ante el Tribunal Administrativo de Antioquia en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los citados actos administrativos, los que acusó de ser violatorios de los artículos 732, 734, 589 del Estatuto Tributario y 17 del Decreto 2314 de 1989.

Como pretensión principal solicitó la declaratoria de la ocurrencia del silencio administrativo positivo en el trámite del recurso de reposición, como quiera que éste no se resolvió dentro del plazo de un año que al efecto prevé el artículo 732 del E.T., con la consecuencia de que el proyecto de corrección presentado por la Sociedad debe admitirse.

Subsidiariamente solicitó se acepten las retenciones en la fuente propuestas en el proyecto de corrección elevado de conformidad con el artículo 589 del E.T., con el fin de incorporar a las retenciones inicialmente solicitadas por valor de $2.593.000, la totalidad de las practicadas a la sociedad en cuantía de $11.955.000, durante el año 1989.

Adujo en la demanda que las retenciones deben ser aceptadas "... por corresponder todas éstas a imputaciones del año gravable de 1989 y... se acompañó la plena prueba contable que en los meses de abril, de mayo de 1990 donde se registraron los créditos fiscales (retención en la fuente) según comprobante 0604 y 1805, efectuadas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte por la suma de $38.324 y $611.145, respectivamente, ambas correspondientes al año gravable de 1989".

Sostuvo que la Administración en una dudosa interpretación del artículo 17 del Decreto 2314 de 1989, confunde los términos **practicar** con **contabilizar,** pues la sociedad tiene el derecho, que la disposición ratifica, para hacer valer sus retenciones en la fuente cuando éstas fueron practicadas por el ejercicio fiscal de 1989.

Previa transcripción de la disposición, agregó que las retenciones en la fuente deben ser propuestas e incorporadas en el año fiscal en que éstas se efectúan, que la empresa probó que las retenciones fueron practicadas por el año de 1989 y que así consta en los certificados que desde la vía gubernativa presentó y que nuevamente acompaña ante la jurisdicción.

Criticó lo manifestado por la Administración en el sentido de que podía presentar nuevamente el proyecto de corrección, pues de hacerlo así, tal solicitud sería extemporánea.

Se mostró en desacuerdo con la actuación de la Administración que no solamente desconoció las retenciones registradas en 1990, pero correspondientes a 1989, en cuantía de $645.661, sino también las que no fueron motivo de objeción por valor de $11.309.339, por lo menos han debido ser aceptadas.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. En primer lugar, manifestó que el silencio administrativo positivo no está expresamente consagrado para el recurso de reposición contra las resoluciones que niegan correcciones de las declaraciones privadas, como sí lo está para las liquidaciones oficiales, resoluciones de sanciones o que ordenen reintegros de sumas devueltas por la Administración. Que el acto del que se demanda la declaratoria del silencio es de naturaleza distinta.

Agregó que el recurso de reposición de que trata el artículo 732 del E.T. es un recurso especial de la vía gubernativa, distinto al ordinario de reposición consagrado en el C.C.A.; que si bien su denominación es la misma, proceden contra actos diferentes y se rigen por procedimientos y términos esencialmente distintos.

En segundo término, y en relación con el aspecto de fondo, adujo que la corrección propuesta por el declarante es inadmisible toda vez que la División de Liquidación en la inspección tributaria encontró que a diciembre 31 de 1989, tenía registradas retenciones por valor de $11.304.339 y en el proyecto de corrección informó retenciones por la suma de $11.955.000, existiendo en consecuencia, una diferencia de $645.661.

Argumentó que la Administración no podía admitir las retenciones hasta el monto de lo contabilizado, como lo pretende el demandante porque ello implicaría una modificación o liquidación oficial del tributo de la sociedad a través de un procedimiento no establecido en la ley.

Que la División de Liquidación sólo está facultada para aceptar o rechazar íntegramente el proyecto de corrección presentado por el contribuyente, en los términos del artículo 589 E.T., "facultad que libremente puede ejercer el declarante siguiendo el procedimiento allí consagrado".

Que conforme lo establece el artículo 17 del Decreto 2314 de 1989, las retenciones deben descontarse en el mismo período en que fueron practicadas y que no es procedente imputarlas a período distinto, que la entidad retenedora efectuó la retención en el momento del pago que fue en 1990 y dicha suma fue contabilizada en ese mismo año, no podía la actora incluir esta partida en la corrección de la declaración de 1989, así el origen de la misma hubiese sido en esta anualidad. Al efecto citó Concepto No. 25944 de la Dirección de Impuestos Nacionales.

LA SENTENCIA

Agotado el trámite propio de la instancia, el Tribunal despachó desfavorablemente la súplica de la declaratoria del silencio administrativo con efectos positivos y accedió a la pretensión subsidiaria, previa nulidad de los actos demandados, y a título de restablecimiento del derecho aceptó el proyecto presentado por la actora.

Estimó el *a-quo* que en el asunto *sub-lite* no se presentó el silencio administrativo por cuanto, por regla general, en materia de silencio frente a las peticiones o recursos de los ciudadanos, es la de que éste origina un acto ficto negativo y que conforme al artículo 41 del C.C.A., por excepción y solamente cuando así lo expresen disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Que como lo sostiene la entidad demandada, y conforme a los artículos 732 y 734 del E.T., éstos serán referidos a los recursos que proceden contra actos de liquidación oficiosa de impuestos, resoluciones sancionatorias y aquellos que ordenen reintegros de devoluciones, entre los cuales no se encuentran los actos controvertidos que solamente definen la solicitud de corrección presentada por la contribuyente.

En relación con el aspecto de fondo consideró que el proceder de la Administración fue errado porque la actora desde la vía gubernativa explicó claramente a qué se debió el desajuste contable presentado en relación con las sumas retenidas durante el año 1989 y que el mismo fue enmendado en la contabilidad, que así se deduce de lo dicho en escrito obrante a folio 48 de los antecedentes y de la certificación anexa al memorial, corrección que muestra lo sucedido y que no desvirtúa la finalidad de la contabilidad, que es la de dar una idea clara y cierta de los negocios y actividades de los comerciantes.

Agregó que ese mecanismo contable no ofrece ningún reparo, no afecta el método de registro de las operaciones por el sistema de causación y mucho menos puede conducir a afirmar que la contabilidad está siendo llevada irregularmente como para desconocerle valor probatorio.

Señaló que el valor retenido y demostrado con los certificados expedidos por los agentes retenedores durante la vigencia fiscal de 1989 fue de $11.955.000, que por lo tanto, ¿cómo puede desconocerse una suma pagada, certificada por el Agente Retenedor y recaudada anticipadamente a cuenta del impuesto del año gravable de 1989?

Estimó inexplicable la actitud de la Administración al indicarle al contribuyente que bien podía presentar un nuevo proyecto de corrección, excluyendo las sumas "no contabilizadas" en 1989, cuando ya había expirado el plazo previsto en el artículo 589 del E.T., como también que no hubiese aceptado parcialmete el proyecto de corrección.

LA APELACION

El apoderado de la entidad demandada, oportunamente interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal y solicitó su revocatoria.

En primer lugar, reiteró lo afirmado en la contestación de la demanda y sostuvo que la Administración dio a la contabilidad la trascendencia correcta, como quiera que constata la falta de correspondencia entre ésta y el proyecto de corrección, no era procedente aceptarlo. Que la única obligación de la Administración era verificar la correspondencia del proyecto con la contabilidad de la actora, sin entrar en análisis diferentes, pues como se sabe "... la declaración de renta debe ser fiel reflejo de los libros y asientos contables" y en caso de no ser así, debe prevalecer lo consignado en estos libros.

Así mismo estimó equivocada la aceptación de la "corrección" contable de las retenciones porque ésta no se encuentra debidamente acreditada y porque la contribuyente admitió que contabilizó las retenciones en la vigencia fiscal posterior a la debida, exactamente en los meses de marzo y abril de 1990, desconociendo el principio de independencia de las anualidades fiscales.

Finalizó diciendo que frente a los proyectos de corrección, la Administración no puede entrar a hacer aceptaciones parciales de los mismos, puesto que su obligación es aceptarlos o negarlos sin entrar en análisis propios de un proceso de revisión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Administración negó el proyecto de corrección de la declaración de renta de 1989, presentado por la actora con el fin de incluir en el renglón 45 –Código MF Retención en la Fuente por servicios– la cantidad de $11.193.000, para un total de retenciones de $11.955.000, porque como resultado de la inspección tributaria encontró que la Sociedad tenía registradas retenciones en cuantía de $11.309.339 y que en el proyecto incluyó retenciones por valor de $11.955.000, estableciendo que la diferencia de $645.661 correspondía a sumas contabilizadas en 1990, aunque practicadas por el año de 1989.

La retención en la fuente es un mecanismo a través del cual la Administración logra el recaudo inmediato de un porcentaje preestablecido y que a título de impuesto se retiene cada vez que se efectúen pagos considerados como ingreso tributario para su beneficiario. Conforme el artículo 367 del E.T. el objeto de la retención es que en lo posible el impuesto se recaude en el mismo ejercicio gravable en que éste se cause.

Por regla general y de acuerdo con las normas reguladoras de la materia, la retención en la fuente debe efectuarse en la fecha en que contablemente se registren

las operaciones que la originan y sólo en casos especiales en la fecha en que se verifique el respectivo pago.

Según lo prevé el artículo 366 del E.T., la retención en la fuente se causa en el momento del pago o abono en cuenta. Esta última expresión hace referencia a la existencia de la contabilidad por el sistema de causación (artículo 15 Decreto 2160/86), según el cual los ingresos deben denunciarse en el año o período en que se causen, sin perjuicio de que quien realice el pago lleve o no contabilidad o emplee un sistema contable diferente, como es el caso de las entidaades públicas.

Según el artículo 9o. del mismo Decreto 2160 de 1986, los hechos y operaciones que registra la contabilidad, se consideran cuando se "ha perfeccionado una transacción con terceros y en consecuencia se han adquirido derechos y asumido obligaciones, así no se haya efectuado el pago" que en esencia coincide con lo dispuesto en los artículos 28 y 59 del Estatuto Tributario.

Entonces, si la retención en la fuente se debe efectuar en el momento en que se realice el pago o abono en cuenta, el contribuyente igualmente, debe incluirla en la declaración correspondiente al mismo período en que causó el ingreso y le fue practicada la retención.

En el caso que se estudia, en la vía gubernativa se cuestionó el procedimiento empleado para la contabilización de las respectivas retenciones, respecto a lo cual la contribuyente explicó que al revisar las sumas objeto de retención por parte del Ministerio de Obras Públicas por el año de 1989, encontró que no había contabilizado algunas de las retenciones practicadas por dicho Ministerio y por tanto procedió a contabilizarlas con respaldo en las certificaciones que entregó la respectiva entidad. Lo anterior fue verificado por los funcionarios de la Administración de Impuestos con ocasión de la inspección.

Observa la Sala que la existencia de las respectivas retenciones se halla plenamente acreditada con los certificados de los agentes retenedores, y que la explicación dada por la contribuyente se encuentra respaldada y certificada por contador público, aspecto que tampoco ha sido objeto de reparo por parte de la Administración.

De otra parte, el artículo 17 del Decreto 2314 de 1989, dispone que el sujeto pasivo de retenciones "... deberá incluir las retenciones que le hubiesen practicado por un ejercicio fiscal, dentro de la liquidación privada correspondiente al mismo período...", y conforme a los certificados expedidos por los diferentes retenedores, está demostrado que las retenciones en cuantía total de $11.955.000 (folios 17 a 27), fueron practicadas por la vigencia fiscal de 1989. No puede afirmarse válidamente que por haber sido

contabilizada una parte en un período diferente, se pierda el derecho a la imputación del total retenido en la declaración correspondiente al año 1989.

Es el mismo Ministerio –Agente Retenedor– quien está certificando que la retención fue practicada por el año gravable de 1989, aun cuando no se hubiere hecho efectivo el pago que originó sino hasta el año de 1990.

Para la procedencia de la imputación en la declaración de 1989, de la contribuyente, lo importante era que coincidiera con la causación de las rentas que le daban origen en el mismo año, con base en las cuentas de cobro presentadas al Ministerio en aplicación de su sistema contable mercantil y tributario de causación.

El hecho de que el Ministerio hubiere dado un tratamiento contable diferente o no coincidente en razón de su sistema de contabilidad presupuestaria (art. 36 Ley 42 de 1993) no afecta la validez de las retenciones practicadas al contratista, ni el derecho de éste de solicitarlas en el año en que le fueron practicadas.

Igualmente resulta desacertada la reclamación que efectúa el apoderado de la demandada, en el sentido de que no se encuentra debidamente acreditada la "corrección" de la contabilización de los respectivos valores, por cuanto en verdad ello no está erigido como requisito para la procedencia de la imputación de la retención, pues para los contribuyentes no obligados a llevar libros de contabilidad, las retenciones que se les practiquen también le son imputables a sus impuestos, no siendo la contabilización requisito indispensable para su reconocimiento como pago del impuesto.

Tampoco encuentran respaldo legal las afirmaciones en el sentido de que la administración no podía aceptar parcialmente el proyecto de corrección, por cuanto ello implicaba una modificación oficiosa del impuesto. Nada más alejado de la realidad, pues en verdad la corrección propuesta no tenía nada que ver con la determinación del impuesto, sino con la forma de cancelarlo a través de la retención. Sin embargo, la Administración prevalida de tal argumento, rechazó retenciones en cuantía de $11.309.339 que no le merecieron ningún reparo y, que por el contrario, hasta ese tope encontró a satisfacción, luego ha podido aceptarla desde un principio.

Son suficientes las anteriores consideraciones para impartir confirmación a 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.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente (Ausente); *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SOBRETASA A LA GASOLINA/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

No se debió dar aplicación retroactiva a la Ley 31 de 1992, puesto que el acto administrativo impugnado fue proferido con anterioridad a su vigencia; en efecto, el Acuerdo 32 demandado fue expedido por el Concejo de Cartago el 30 de noviembre de 1992 y fue sancionado el 1o. de diciembre de 1992 cuando aún la Ley 31 de 1992 no había entrado en vigencia, toda vez que ésta comenzó a regir el 4 de enero de 1993. Es claro que el acto demandado desconoció la normatividad vigente al momento de su expedición, en cuanto estableció la sobretasa a la gasolina en el Municipio de Cartago, sin haber obtenido el concepto previo del CONPES. DECLARA LA NULIDAD de los artículos 1o. y 2o. inciso 1o. del Acuerdo No. 032 de 1992.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5297. Apelación sentencia del 1o. de octubre de 1993 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los artículos 1o. y 2o. inciso 1o. del Acuerdo No. 032 de 1o. de diciembre de 1992 del Concejo Municipal de Cartago. Actor: Carlos Fernando Ossa Giraldo. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor CARLOS FERNANDO OSSA GIRALDO, el actor, contra la sentencia de 1o. de octubre de 1993 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual no se accedió

a declarar la nulidad de los artículos 1o. y 2o. inciso 1o. del Acuerdo No. 032, expedido por el Concejo Municipal de Cartago.

ANTECEDENTES

Mediante el Acuerdo No. 032 del 1o. de diciembre de 1992, el Concejo Municipal de Cartago estableció una sorbetasa al consumo de gasolina motor.

"Las normas demandadas disponen:

"Artículo Primero. Establézcase una sobretasa al consumo de gasolina motor en el Municipio de Cartago equivalente al ocho por ciento (8%) del precio de venta, a partir del 1o. de enero de 1993.

"La sobretasa del ocho por ciento (8%) se aplicará sobre las ventas que la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL) realice en la planta de abastecimiento del Municipio de Cartago.

"Artículo Segundo. La sobretasa a que hace referencia este Acuerdo tendrá una duración de doce (12) años contados a partir del 1o. de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

"...".

LA DEMANDA

El actor consideró vulnerados los artículos 4o. y 5o. de la Ley 86 de 1989.

El concepto de la violación se sintetiza así:

El artículo 5o. de la Ley 86 de 1989 establece como base para que los Municipios puedan cobrar una sorbetasa al consumo de la gasolina motor, que sus rentas no sean suficientes para garantizar la pignoración a la Nación de los recursos previstos en el artículo 4o. *ib.*, esto es, de por lo menos el 80% del servicio de la deuda total del proyecto.

En el acto impugnado no se sabe a cuánto asciende el monto total del proyecto que se va a ejecutar, ni a cuánto ascienden las rentas propias del Municipio de Cartago, resultando así, que no se cumplió lo ordenado en el artículo 5o. *ib.*, y por lo tanto, no existe certeza sobre la base para aplicar el porcentaje establecido en el artículo 4o. *ib.*

SOBRETASA A LA GASOLINA/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

No se debió dar aplicación retroactiva a la Ley 31 de 1992, puesto que el acto administrativo impugnado fue proferido con anterioridad a su vigencia; en efecto, el Acuerdo 32 demandado fue expedido por el Concejo de Cartago el 30 de noviembre de 1992 y fue sancionado el 1o. de diciembre de 1992 cuando aún la Ley 31 de 1992 no había entrado en vigencia, toda vez que ésta comenzó a regir el 4 de enero de 1993. Es claro que el acto demandado desconoció la normatividad vigente al momento de su expedición, en cuanto estableció la sobretasa a la gasolina en el Municipio de Cartago, sin haber obtenido el concepto previo del CONPES. DECLARA LA NULIDAD de los artículos 1o. y 2o. inciso 1o. del Acuerdo No. 032 de 1992.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5297. Apelación sentencia del 1o. de octubre de 1993 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los artículos 1o. y 2o. inciso 1o. del Acuerdo No. 032 de 1o. de diciembre de 1992 del Concejo Municipal de Cartago. Actor: Carlos Fernando Ossa Giraldo. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor CARLOS FERNANDO OSSA GIRALDO, el actor, contra la sentencia de 1o. de octubre de 1993 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual no se accedió

a declarar la nulidad de los artículos 1o. y 2o. inciso 1o. del Acuerdo No. 032, expedido por el Concejo Municipal de Cartago.

ANTECEDENTES

Mediante el Acuerdo No. 032 del 1o. de diciembre de 1992, el Concejo Municipal de Cartago estableció una sorbetasa al consumo de gasolina motor.

"Las normas demandadas disponen:

"Artículo Primero. Establézcase una sobretasa al consumo de gasòlina motor en el Municipio de Cartago equivalente al ocho por ciento (8%) del precio de venta, a partir del 1o. de enero de 1993.

"La sobretasa del ocho por ciento (8%) se aplicará sobre las ventas que la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL) realice en la planta de abastecimiento del Municipio de Cartago.

"Artículo Segundo. La sobretasa a que hace referencia este Acuerdo tendrá una duración de doce (12) años contados a partir del 1o. de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

"...".

LA DEMANDA

El actor consideró vulnerados los artículos 4o. y 5o. de la Ley 86 de 1989.

El concepto de la violación se sintetiza así:

El artículo 5o. de la Ley 86 de 1989 establece como base para que los Municipios puedan cobrar una sorbetasa al consumo de la gasolina motor, que sus rentas no sean suficientes para garantizar la pignoración a la Nación de los recursos previstos en el artículo 4o. *ib.*, esto es, de por lo menos el 80% del servicio de la deuda total del proyecto.

En el acto impugnado no se sabe a cuánto asciende el monto total del proyecto que se va a ejecutar, ni a cuánto ascienden las rentas propias del Municipio de Cartago, resultando así, que no se cumplió lo ordenado en el artículo 5o. *ib.*, y por lo tanto, no existe certeza sobre la base para aplicar el porcentaje establecido en el artículo 4o. *ib.*

La parte final del inciso primero del artículo primero del acuerdo acusado es nula ya que, al señalar el 1o. de enero de 1993 como fecha a partir de la cual comienza a cobrarse la sobretasa al consumo de la gasolina motor, establece una vigencia de la sobretasa distinta a la prevista en el inciso final del artículo 5o. de la Ley 86 de 1989, que no podrá ser otra que el 1o. de enero del año siguiente a aquel en que se perfeccione el contrato para el desarrollo del proyecto del sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros.

El inciso primero del artículo segundo del acuerdo acusado también establece el 1o. de enero de 1993 como la fecha a partir de la cual comienza a contarse los doce años que tendrá de duración la sobretasa, vulnerando asi la parte final del artículo 5o. de la Ley 86 de 1989 que prevé que tales incrementos solo se podrán cobrar a partir del 1o. de enero del año siguiente a aquel en que se perfeccione el contrato para su desarrollo.

El accionante también solicitó la suspensión provisional de las normas demandadas y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la decretó argumentando que no se habían observado los requisitos para la procedencia del cobro de la sobretasa, de conformidad con lo establecido en el artículo 5o. de la Ley 86 de 1989.

LA OPOSICION

Dentro de esta oportunidad no se pronunció el Municipio de Cartago.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo del Valle, mediante la sentencia apelada negó las pretensiones de la demanda y decretó el levantamiento de la suspensión provisional, con fundamento en lo siguiente:

No obstante que en el auto de 5 de febrero de 1993 el Tribunal consideró que los artículos demandados eran violatorios del artículo 5o. de la Ley 86 de 1989, con la expedición de la ley 31 de 29 de diciembre de 1992 los requisitos extrañados por el *a-quo* en el referido auto, a partir de la vigencia de la mencionada ley ya no tienen operancia ya que, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 3o. del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, los distritos y municipios podrán hacer uso de las facultades previstas en el literal b) del artículo 5o. de la Ley 86 de 1989 para financiar directamente las obras y, los respectivos Concejos reglamentarán el recaudo de los recursos previstos y la fecha de inicio de su cobro.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en la providencia del Consejo de Estado de 14 de mayo de 1993, expediente 4804, el Tribunal concluyó que, como por

mandato de la ley el concepto previo del CONPES y el plazo para entrar a cobrar la sobretasa a la gasolina ya no son necesarios porque los Concejos están facultados para reglamentar directamente el recaudo de los recursos y la fecha de iniciación del cobro, se debían negar las pretensiones de la demanda y levantar la medida de suspensión provisional.

LA APELACION

El actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó así:

Como el Acuerdo No. 032 fue expedido por el Concejo Municipal de Cartago el 30 de noviembre de 1992 y sancionado el 1o. de diciembre del mismo año, en consecuencia, para la fecha de su expedición y para la fecha en que se empezó a cobrar la sobretasa en el Municipio de Cartago, no existía aún la Ley 31 de 1992 (publicada en el Diario Oficial el 4 de enero de 1993).

Señaló, con base en lo anterior, que en el caso presente no resulta aplicable lo expuesto por el Consejo de Estado dentro del proceso 4804 toda vez que el acuerdo allí demandado entró a regir con posterioridad a la vigencia de la mencionada ley 31 de 1992, y por lo tanto, no vulneraba la normatividad vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de esta oportunidad no hubo pronunciamiento de las partes.

El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación solicitó la revocatoria de la sentencia recurrida, argumentando que cuando el Acuerdo No. 032 de 1992 del Concejo Municipal de Cartago entró a regir, todavía estaba vigente el artículo 5o. de la Ley 86 de 1989, norma que resultó vulnerada por el acto demandado, toda vez que no se observaron por parte del Concejo Municipal los requisitos en ella consagrados para la procedencia de la sobretasa al consumo de la gasolina motor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con los términos de sustentación del recurso de apelación, la Sala debe determinar si los artículos 1o. y 2o. inciso 1o. del Acuerdo No. 032 de 1o. de diciembre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Cartago, "por medio del cual se establece una sobretasa al consumo de gasolina motor", vulneran el ordenamiento superior contenido en el artículo 5o. literal b) de la Ley 86 de 1989, vigente al momento de su expedición.

Dicha norma dispuso:

"Ley 86 de 1989

"ARTICULO QUINTO. Cuando las rentas propias de los municipios, incluido el Distrito Especial de Bogotá, no sean suficientes para garantizar la pignoración de los recursos prevista en el artículo anterior, quedan facultados para:

"...

"b) Cobrar una sobretasa al consumo de la gasolina motor hasta del 20% de su precio al público sobre las ventas de Ecopetrol en la planta o plantas que den abasto a la zona de influencia del respectivo sistema, **previo concepto del Consejo de Política Económica y Social, CONPES.**

"Los incrementos a que se refiere el presente artículo se destinarán exclusivamente a la financiación de sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros y **se cobrarán a partir del 1o. de enero del año siguiente a aquel en que se perfeccione el contrato para su desarrollo"** (Se destaca).

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda y levantó la medida de suspensión provisional argumentando que, a partir de la vigencia de la Ley 31 de 1992 los Concejos Municipales estaban facultados para reglamentar directamente el recaudo de los recursos y la fecha de iniciación de su cobro y los requisitos señalados en el literal b) del artículo 5o. de la Ley 86 de 1989, ya no se encontraban vigentes.

A juicio de la Sala, el *a-quo* no acertó en dicha decisión, toda vez que dio aplicación retroactiva la Ley 31 de 1992, puesto que el acto administrativo impugnado fue proferido con anterioridad a su vigencia: en efecto, el Acuerdo 032 demandado fue expedido por el Concejo Municipal de Cartago el 30 de noviembre de 1992 y fue sancionado el **1o. de diciembre de 1992** cuando aún la Ley 31 de 1992 no había entrado en vigencia, toda vez que ésta comenzó a regir el 4 de enero de 1993, fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 40.707.

Estando debidamente establecido que para la fecha de expedición del Acuerdo demandado, se encontraba vigente la Ley 86 de 1989, los requisitos en ella establecidos eran de obligatorio cumplimiento para los municipios que pretendieran establecer la sobretasa a la gasolina.

En el caso de autos, no sólo no se ha comprobado el cumplimiento de los citados requisitos por parte del Concejo Municipal de Cartago, sino que es el mismo Municipio,

el que al oponerse a las pretensiones de la demanda en su alegato de conclusión en la primera instancia reconoce esta situación al afirmar:

> "Consideramos que (la) censura **sería valedera** en todas sus partes si la situación regulada por dicha Ley con relación a este gravamen, hubiera permanecido inmodificable hasta la fecha" (Se destaca fl. 56 c.p.).

Así las cosas, es claro para la Sala que el acto demandado desconoció la normatividad vigente al momento de su expedición, en cuanto estableció la sobretasa a la gasolina en el Municipio de Cartago, sin haber obtenido el concepto previo del CONPES, según lo indica, además la comunicación expedida por el Subdirector del Departamento Nacional de Planeación el 15 de febrero de 1993, que obra a folio 6 y sin cumplir lo previsto para la fecha de iniciación del cobro de la sobretasa, ya que cuando se expidió el acuerdo no existía el contrato a que se refiere la citada Ley 86 de 1989, toda vez que el artículo 7o. del mismo acuerdo, se concede al Alcalde un plazo de noventa (90) días para presentar el programa de obras a realizar con los recursos generados por la sobretasa a la gasolina.

Por otra parte, es del caso precisar que, la jurisprudencia citada por el Tribunal *a-quo,* concretamente el auto proferido por esta Sección en el expediente 4804, actor Hugo Salazar Peláez, sobre el parágrafo 3o. del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, no resulta aplicable al caso de autos, toda vez que dicha decisión jurisprudencial se refiere a un acuerdo municipal expedido durante la vigencia de la citada Ley 31 de 1992, lo que no sucede, como ya se precisó en esta oportunidad.

Así mismo, en el caso del acuerdo demandado, teniendo en cuenta la fecha de su expedición, tampoco tiene incidencia la sentencia proferida por la Corte Constitucional el 23 de febrero de 1994 en el expediente C-074, mediante la cual se declaró la inexequibilidad del citado parágrafo 3o. del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, ni las posteriores reglamentaciones sobre la materia contenidas en la Ley 105 de 1993 y su Decreto Reglamentario 676 de 1994.

De conformidad con lo anterior la Sala, teniendo en cuenta que el Concejo Municipal de Cartago con la expedición de las disposiciones demandadas vulneró el literal b) del artículo 5o. de la Ley 86 de 1989, procederá a revocar la sentencia apelada y a declarar la nulidad de las normas acusadas.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida el 1o. de octubre de 1993, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda.

En su lugar, declárase la nulidad de los artículos 1o. y 2o. inciso 1o. del Acuerdo No. 032 de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Cartago.

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 Sala (Ausente); *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

FACULTAD SANCIONATORIA/COMPETENCIA FUNCIONAL/ADMINISTRACION TRIBUTARIA/SANCION POR LIBROS

En desarrollo de los recursos y de manera concreta, del recurso de reposición, la División de Recursos Tributarios está facultada para revisar los actos administrativos sometidos a su consideración por lo que podía como en efecto lo hizo en el *sub-lite,* "modificar", aclarar o revocar la decisión sancionatoria, sin que ello signifique el ejercicio de la facultad sancionatoria por la aplicación de una nueva sanción, puesto que se trata de la misma sanción corregida en virtud de la revisión efectuada por la División de Recursos Tributarios, para lo cual tiene competencia asignada y en desarrollo de ella fue que modificó o reformó la sanción inicialmente liquidada, al aceptar la objeción formulada por la sociedad en relación a la base que sirvió de fundamento a la División de Liquidación para imponerla.

SANCION POR LIBROS–Base de imposición

La pretensión de reducción de la sanción por libros dado que el Decreto 2503 de 1987 en su art. 64 redujo la misma del 2 al 0.5 del mayor valor entre el patrimonio líquido y los ingresos netos del año anterior al de su imposición, sin exceder de $20.000.000 por ser esta disposición más favorable que la anterior (art. 84 de la Ley 9a. de 1983), a juicio de la Sala es procedente si se tiene en cuenta que en este evento, los hechos controvertidos y la sanción tuvieron lugar antes de la vigencia de dicha norma (diciembre 29 de 1987) y la situación de la sociedad se definió cuando ya estaba en vigencia la disposición más favorable, en cuanto que, tanto el recurso de reposición como el de apelación, fueron resueltos el 24 de octubre y el 2 de diciembre de 1988.

CONFISCATORIEDAD–Improcedencia/IMPUESTO–Naturaleza/PENA

La prohibición contemplada en el artículo 34 de la Constitución de 1886 y también en el artículo 34 de la vigente, se refiere a ella en su carácter de "pena", o sea, como castigo a la comisión de un delito, tema que es absolutamente diferente al mayor valor, inclusive a veces exorbitante que resulta de las liquidaciones oficiales. Los impuestos no son penas a las que se refiere la Constitución en su citado artículo 34. Son obligaciones que nacen de la ley en virtud de la facultad impositiva reconocida por el legislador y el mayor valor que surge como consecuencia de la inobservancia de sus normas no es equiparable ni por su origen, ni por su naturaleza, ni por sus finalidades con la pena de confiscación como causal de nulidad".

LIBROS DE CONTABILIDAD/LIBROS PRINCIPALES/LIBROS AUXILIARES/SANCION POR LIBROS

El art. 56 del Decreto 3803 de 1982 fue la norma que hizo extensiva la sanción por libros de contabilidad, por primera vez, al "atraso en los libros de contabilidad" es decir, que erigió como hecho irregular sujeto a la sanción por libros de contabilidad el atraso de éstos. Conforme al artículo 49 del Código de Comercio para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos. Luego se colige que los libros de contabilidad están conformados no solamente por los auxiliares, sino que hacen parte fundamental de los principales, siendo, los principales, el pilar de la contabilidad, los cuales son de conformidad con la ley los de obligatorio cumplimiento, y de éstos se toman las cifras que sirven de base para los estados financieros, los cuales, a su vez, son la fuente de las declaraciones tributarias. Si bien la ley no ha señalado un catálogo indicando expresamente el nombre de los libros principales que deben llevar los comerciantes, no por ello, puede considerarse que no existe obligación de llevar los libros principales de contabilidad, y que por ello es suficiente con tener al día los libros auxiliares y demás comprobantes de contabilidad, como erróneamente lo interpreta la actora, toda vez que las disposiciones del Código de Comercio a las cuales debe sujetarse para efectos fiscales, la contabilidad de los comerciantes, establecen unas reglas de las cuales surgen con meridiana claridad los libros de obligatorio cumplimiento para los comerciantes obligados a llevarlos.

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

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4604. Actor: Inversiones y Crédito Colseguros S.A. Compañía de Financiamiento Comercial "Invercrédito". Impuestos Renta-Sanción. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad INVERSIONES Y CREDITO COLSEGUROS S.A. CIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL "INVERCREDITO" Nit: 60.009.193, contra la sentencia del 23 de octubre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la mencionada sociedaad para impugnar los actos administrativos mediante los cuales la Administración de Impuestos Nacionales "Grandes Contribuyentes" de Bogotá, le impuso sanción por libros de contabilidad dentro del período gravable de 1985.

ANTECEDENTES

Mediante auto comisorio No. 268 del 13 de mayo de 1985, la Sección de Auditoría Externa de la Administración de Impuestos de Bogotá, ordenó inspección a la contabilidad del contribuyente INVERSIONES Y CREDITO COLSEGUROS S.A. COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL "INVERCREDITO S.A." por el período gravable de 1983, en cuya visita según informe de libros estableció que a la fecha de la visita los libros de contabilidad se encontraban atrasados, así: 1) El libro mayor y balances, "se encuentra registrado hasta el folio No. 25 donde refleja el movimiento contable de 1984". 2) El libro diario, "Consta de 102 hojas útiles se encuentra hasta la hoja No. 29 donde refleja el movimiento contable de 1984.

De acuerdo con este informe la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bogotá, profirió la Resolución No. 040141 del 6 de marzo de 1986, mediante la cual impuso sanción por libros de contabilidad a cargo de la sociedad en mención, cuantificándola en la suma de $32.443.741, correspondiente al 2% de los ingresos netos en 1984, disminuida con los impuestos pagados por éste año gravable.

Inconforme con este proceder la sociedad interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, alegando que si bien los libros diario y mayor no se encontraban al día en el momento de practicarse la visita, los libros auxiliares y comprobantes de contabilidad sí se encontraban al día; y que los primeros estaban atrasados porque la Superintendencia Bancaria se encontraba adelantando el estudio del Balance a 31 de diciembre de 1984. Adujo también: que la sanción era confiscatoria y violatoria de los

artículos 35 y 375 del Código Penal, porque, además se había deterinado incorrectamente por cuanto la base para liquidarla eran los ingresos netos del año de 1985, conforme a lo ordenado por el artículo 84 de la Ley 9a. de 1983.

Mediante la resolución distinguida con el No. 000103 del 24 de octubre de 1988, la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Bogotá "Grandes Contribuyentes" desató el recurso de reposición, oportunidad en la cual ésta oficina aceptó que efectivamente la base para cuantificar la sanción estaba constituida por los ingresos netos del año de 1985, motivo por el cual reliquidó la sanción fijándola en la suma de $28.448.117. En lo demás se pronunció desestimando los cargos expuestos; habida cuenta que según concepto unificado de la Dirección de Impuestos Nacionales los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad debían llevar los siguientes: El de Inventario y Balance, el Diario y el Mayor. Así mismo observó que el estudio de la Superintendencia Bancaria al Balance del año de 1984, no era oponible al fisco para exonerarse del cumplimiento de las obligaciones tributarias como la de llevar los libros de contabilidad de conformidad con la ley. En lo referente a la aplicación de la ley penal precisó que era suficiente el hecho de ser contribuyente y que se diera el presupuesto fáctico para imponer la sanción.

El recurso de apelación oportunamente sustentado, por su parte, fue resuelto por la División Jurídica de la misma Administración mediante la resolución No. J-00043-AP del 2 de diciembre de 1988, en sentido desfavorable al *petitum,* toda vez que confirmó en todas sus partes la resolución recurrida, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad INVERSIONES Y CREDITO COLSEGUROS S.A. CIA. DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL "INVERCREDITO" demandó ante la jurisdicción la nulidad de los actos administrativos por los cuales se aplicó y confirmó sanción por libros de contabilidad en el año gravable de 1985, así como el restablecimiento del derecho para que se declare que no está obligada a pagar sanción por libros de contabilidad en el año gravable de 1985.

Fundamenta lo anterior en la consideración de haberse violado las siguientes disposiciones: Artículos 83, 84, 85 y 89 de la Ley 9a. de 1983; artículos 19, 56, 58 y 61 del Decreto 3803 de 1982, artículos 3o. y 84 del Decreto 01 de 1984; artículos 49 y 53 del Código de Comercio; artículo 35 del Código Penal; artículo 1o. de la Ley 95 de 1890, artículos 30 y 34 de la Constitución Nacional; artículos 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, artículo 64 del Decreto 2503 de 1987 y artículos 2o. u 3o. del Decreto 1354 de 1987, cuya violación explica en síntesis en los siguientes términos:

La Resolución No. 103 acepta que la sanción por libros se determinó tomando una base equivocada, pues se liquidó con base en los ingresos netos del año de 1984, debiendo ser tomados los de 1985, conforme con el artículo 84 de la Ley 9a. de 1983, por lo que procedó a corregir la liquidación de la sanción, pero, ésta incurrió en contradicción entre los artículos primero y segundo, ya que mientras en uno niega la nulidad, en el segundo se modifica. Estima que si la División de Recursos encontró que el acto era ilegal, por equivocación en la cuantificación de la sanción, debió revocarlo, no modificarlo como lo hizo, puesto que si era violatorio de la ley no podía sustituirlo.

Además, observa que el artículo 89 de la Ley 9a. de 1983, estableció la competencia para imponer sanción por libros de contabilidad únicamente en los Jefes de las Divisiones de Auditoría de las Administraciones de Impuestos, por lo que las Divisiones de Recursos Tributarios carecen de competencia para imponer esa sanción, circunstancia por la cual debió concretarse a revocar o anular el acto, ya que la competencia no la autoriza para modificarlo, corregirlo o dictarlo de nuevo.

En el presente caso, señala, no se trata de una simple modificación del acto, sino de una sustitución, porque se toman bases diferentes y se liquida nuevamente la sanción. Es decir, se le da un efecto retroactivo a la nueva liquidación y se deja de ejercer la verdadera competencia de "anular el acto materia del recurso" con el propósito de desconocer la prescripción de la sanción por libros que se había operado en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983; ya que al haberse revocado el acto, la División de Liquidación no hubiera podido dictarlo nuevamente por haber transcurrido dos años contados a partir del 16 de mayo de 1985.

Por otra parte advierte, que la División de Liquidación interpretó mal el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, porque no era suficiente el atraso de los libros diario y mayor para aplicar la sanción, puesto que de conformidad con el artículo 49 del Código de Comercio, los libros auxiliares también forman parte de la contabilidad, y éstos sí se encontraban al día. De no haber mediado el estudio de la Superintendencia Bancaria a los estados financieros, se habría pasado todo el movimiento a los libros diario y mayor, ya que no existía propiamente atraso en la contabilidad, pues la compañía puso a disposición de los funcionarios los estados financieros a diciembre de 1984, y también los de enero, febrero y marzo de 1985.

Así mismo considera, que la Administración no tuvo en cuenta los principios orientadores del Derecho Penal, especialmente el principio de la personalidad de la pena según el cual únicamente el hombre puede ser sujeto activo del delito, esto es que ni el aninal, ni las personas jurídicas pueden cometer delitos. Por tanto, como el Estado no busca con las sanciones de carácter fiscal sino su defensa, no el resarcimiento o indemnización, no hay fundamento para trasladar la sanción a quienes no son autores del delito.

Por último observa, que la Administración no tuvo en cuenta el artículo 64 del Decreto 2503 de 1987, que redujo la sanción por libros del 2% al 0.5% que se encontraba vigente cuando se expidió la Resolución No. 000103, y tampoco los artículos 2o. y 3o. Decreto 1354 de 1987, que modificó los términos para contar el atraso de los libros y la base para liquidarla.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 23 de octubre de 1992, se pronunció en sentido adverso al *petitum* demandatorio, desestimando las súplicas al considerar que los cargos propuestos no estaban llamados a prosperar.

Estimó que la sanción por libros de contabilidad se impuso oportunamente en marzo de 1986, cuando no había transcurrido un año desde la fecha en que se practicó la visita, por lo que no estaba prescrita la facultad sancionatoria para la Administración. Diferente es que como consecuencia del recurso gubernativo se hubiera corregido la base tomando los ingresos del año de 1985, lo cual era procedente.

Con relación al eximente de responsabilidad alegado por el hecho de que la Superintendencia Bancaria estaba examinando los estados financieros, manifiesta el Tribunal que sobre este tópico el Consejo de Estado en un caso similar, Exp. 3455, Consejero Ponente Dr. Carmelo Martínez Conn, sentencia del 28 de agosto de 1992, expresó: "Respecto a las razones eximentes de responsabilidad argumentadas por el apoderado de la actora por existir fuerza mayor proveniente de "actos de autoridad", es preciso resaltar que el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, estableció el atraso en los libros de contabilidad por más de tres meses como causal de sanción sin contemplar ninguna causal de exoneración, ni eximente de responsabilidad; así mismo, en cuanto a los libros de contabilidad que debe llevar el comerciante, se debe entender aquellos que por ley están obligados a llevar y como lo observa el colaborador fiscal, la Superintendencia Bancaria no autorizó a la sociedad que violara la ley o para que no mantuviera al día los libros de contabilidad; simplemente, le advirtió que los estados financieros no los podía someter a la consideración de la Asamblea General, lo cual no era óbice para que la sociedad cumpliera las obligaciones que en cuanto al manejo de los mismos señala la ley".

Agrega a lo anterior, que en el *sub-júdice,* la Superintendencia Bancaria según las pruebas que obran en el expediente, manifestó que mientras no se aprueben los balances, estos no quedarán en firme, y que hasta julio 2 de 1985, se aprobó el balance de 1984, oportunidad en la cual también se ordenó la convocatoria de la Asamblea General, pero que lógicamente esta circunstancia no exonera a la sociedad de cumplir con las obligaciones tributarias.

Sobre los demás cargos expuestos, fundamentados en normas del Código Penal, artículos 35 y 375, manifiesta que esa Corporación reiteradamente ha sostenido que

las sanciones administrativas son teleológicamente diferentes a las sanciones penales ya que mientras en el campo penal se castiga una falta o se corrige una conducta antisocial, en el campo administrativo se busca un objetivo político del Estado como es el de mantener el orden público económico. En este sentido observa, se ha pronunciado también el Consejo de Estado, en la sentencia del 9 de marzo de 1987. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Aldana Duque.

LA APELACION

El apoderado de la sociedad actora sustenta su inconformidad con la sentencia del Tribunal en el hecho de que éste no se pronunció con la debida profundidad sobre algunos puntos, y sobre otros, no los mencionó.

Vuelve sobre la competencia de la División de Recursos Tributarios para modificar la Resolución No. 040141 del 6 de marzo de 1986, por la cual la División de Liquidación impuso la sanción tomando una base errada. Observa, que la corrección efectuada por la División de Recursos Tributarios no fue por el principio de favorabilidad como lo indica el Tribunal, sino porque estaba en la obligación de hacerlo ya que por interpretación incorrecta del artículo 84 de la Ley 9a. de 1983, se tomó una base incorrecta, entonces, lo que hizo la División de Recursos fue imponer nuevamente la sanción para lo cual no tenía competencia, ya que ésta radica exclusivamente en los Jefes de las Divisiones de Auditoría de las Administraciones, y además, ya habían transcurrido más de dos años, desde el 16 de mayo de 1985, fecha de la visita.

Agrega que la violación del artículo 64 del Decreto 2503 de 1987, ni siquiera fue mencionada en la sentencia, y éste es uno de los aspectos más importantes, ya que la disposición reduce la sanción por libros del 2% al 0.5% de los ingresos, la cual se encontraba vigente cuando se expidió la Resolución No. 00103 del 24 de octubre de 1988. Advierte, que en un caso análogo el Consejo de Estado, en sentencia del 13 de diciembre de 1991, Expediente No. 3649, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, dijo que: "Sin embargo, manteniendo la sanción, es del caso acceder a la petición subsidiaria hecha por la parte actora, en el sentido de que la sanción sea del máximo previsto por el artículo 64 del Decreto 2503 de 1987, o sea de $20.000.000, en cuanto si bien es cierto que los hechos controvertidos y la sanción tuvieron lugar antes de la vigencia de dicha norma (29 de diciembre de 1987), la situación de la contribuyente se definió, cuando ya estaba vigente, en cuanto, tanto el recurso de reposición como el de apelación fueron resueltos el 1o. de noviembre y el 2 de diciembre de 1988, cuando ya estaba vigente".

En el presente caso afirma que es igual, sólo que la sanción no debe superar de la suma de $9.562.167, que corresponde al 5% de los ingresos netos de 1985.

Por otra parte, manifiesta que debe dársele una interpretación racional al artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, que tipifica el atraso en libros como hecho sancionable,

porque habla de libros de contabilidad para referirse a todos los libros incluyendo los auxiliares, pues éstos forman parte de la contabilidad conforme lo enseña el artículo 49 del Código de Comercio. Relieva que en el presente caso se practicó una inspección judicial a los libros de la compañía para demostrar que la sociedad en la fecha de la visita oficial tenía la contabilidad al día y que lo único que faltaba era trasladar a los libros diario y mayor los registros contables que tenían los auxiliares. Este peritazgo, dice, no fue tenido en cuenta por el Tribunal.

Tampoco hace mención la sentencia del Tribunal a cargo de violación expuesto contra los artículos 30 y 34 de la Constitución Nacional, por los cuales se garantiza la propiedad privada y se prohíbe la pena de confiscación. Para el apoderado de la actora la sanción impuesta a INVERSIONES Y CREDITO COLSEGUROS S.A. CIA. DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL "INVERCREDITO" por el año gravable de 1985, es injusta y confiscatoria si se tiene en cuenta que no tuvo renta líquida y tampoco tenía patrimonio.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte actora: El apoderado judicial de la sociedad actora en su alegato de conclusión transcribe dos sentencias de esta Corporación para respaldar los argumentos expuestos en la sustentación al recurso de apelación.

Parte demandada: La Dirección de Impuestos Nacionales en esta oportunidad procesal se opone a las pretensones del apelante, manifestando que a éste no le asiste razón en ninguno de los cargos expuestos:

Observa, que la División de Recursos Tributarios actuó conforme a derecho cuando al fallar el recurso de reposición modifica la Resolución No. 040141 del 6 de marzo de 1986, que impuso la sanción, por corregir la base de liquidación de aquella tomando los ingresos netos de 1985, y no los de 1984, toda vez que la finalidad de estos recursos concedidos con fundamento en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo es la de poder revisar la actuación y como consecuencia de ello: REVOCAR, REFORMAR, ANULAR O CONFIRMAR la actuación administrativa. Agrega, que el artículo 42, literal b) del Decreto 074 de 1976, establece la competencia de la División de Recursos Tributarios para "resolver los recursos y demás impugnaciones que fueren procedentes contra los actos proferidos por las unidades de las Administraciones de Impuestos Nacionales".

También considera improcedente la pretensión del apelante tendiente a que se le dé aplicación al artículo 64 del Decreto 2503 de 1987, ya que a su juicio, tratándose de una actuación que se inició antes de entrar en vigencia esa disposición, conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, debe regirse por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Respecto a la inconformidad del apelante en el sentido de que se interprete racionalmente el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, observa que esta norma es clara al establecer como hecho irregular sujeto a sanción, "tener los libros de contabilidad con un atraso superior a tres meses", y que el Decreto 1098 de 1974, reglamentario del Decreto 1366 de 1967, estableció: Que para efectos del artículo 61 del Decreto 1366 de 1967, y de conformidad con los artículos 52, 53 y 54 del Código de Comercio vigente a partir de 1972, los comerciantes deben llevar como libros principales de contabilidad el de inventario y balances, el diario y el mayor o en defecto de estos dos últimos el de cuenta y razón y como auxiliares los necesarios para el correcto entendimiento de aquéllos...". Así mismo, los artículos 3o. y 48 del Código de Comercio imponen la obligación de llevar contabilidad de acuerdo con las prescripciones legales y la conformará según las disposiciones de este Código y demás normas sobre la materia. Por tanto, estima que encontrándose demostrado en el proceso el hecho irregular que la ley tipifica como infracción sancionable es claro que su representada actuó conforme a derecho.

En la misma forma considera que no tiene razón el apelante en lo referente a que el Tribunal tampoco se pronunció sobre la irregularidad en la que incurrió la División de Liquidación al no ceñirse a lo ordenado en el auto comisorio 268 del 13 de mayo de 1985; este punto aclara, es un hecho nuevo no planteado en la vía gubernativa y tampoco ante el Tribunal, razón por la cual la sentencia apelada no tenía porqué pronunciarse sobre un hecho no objeto de debate en el presente proceso.

Finalmente, se refiere al cargo de violación contra los artículos 30 y 34 de la Constitución, para señalar que tampoco tiene razón el apelante porque la prohibición de la confiscación contemplada en nuestra Constitución hace referencia al castigo resultante de la comisión de un delito, lo cual es diferente, al mayor valor inclusive, a veces exorbitante, que resulta en las liquidaciones de los impuestos, tal como lo ha reconocido el propio Consejo de Estado en sentencia de noviembre de 1991, expediente No. 203, Actor Malterías Unidas S.A., Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Conforme con las argumentaciones anteriores, la apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales solicita a la Corporación confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a resolver la controversia planteada por el apoderado de la sociedad actora con oportunidad del recurso de apelación, cuyos puntos de inconformidad se analizarán en el siguiente orden:

1o. Incompetencia de la División de Recursos para imponer sanciones:

Para la Sala la inconformidad planteada por el apelante a este respecto carece de fundamento. En efecto, si bien la oficina competente para imponer o aplicar las

sanciones no es la División de Recursos Tributarios, sino la División de Liquidación de las Administraciones de Impuestos, no la de Auditoría como incorrectamente lo sostiene el apoderado de la sociedad actora, según lo establecía el artículo 89 de la Ley 9a. de 1983 (hoy codificado en el Estatuto Tributario); aquélla en desarrollo de su competencia para "resolver los recursos y demás impugnaciones que fueren procedentes contra los actos proferidos por las unidades de las Administraciones de Impuestos", avocó el conocimiento del recurso de reposición concedido en la Resolución 040141 del 6 de marzo de 1986, con fundamento en los artículos 50, 51 y 52 del Decreto 01 de 1984.

En desarrollo de estos recursos, y de manera concreta, del recurso de reposición, la División de Recursos Tributarios está facultada para revisar los actos administrativos sometidos a su consideración, por lo que podía como en efecto lo hizo en el *sub-lite,* "modificar", aclarar o revocar, la decisión sancionatoria sin que ello signifique el ejercicio de la facultad sancionatoria por la aplicación de una nueva sanción como lo interpreta el libelista, puesto que se trata de la misma sanción corregida en virtud de la revisión efectuada por la División de Recursos Tributarios, para lo cual tiene competencia asignada y en desarrollo de ella fue que modificó o reformó la sanción inicialmente liquidada, al aceptar la objeción formulada por la sociedad en relación a la base que sirvió de fundamento a la División de Liquidación para imponerla. Este proceder, a juicio de la Sala, es absolutamente legal; por tanto, la pretensión del apelante al respecto, no está llamada a prosperar y en consecuencia la decisión del Tribunal merece confirmarse, pero teniendo en cuenta los argumentos aquí expuestos.

2o. Violación del artículo 64 del Decreto 2503 de 1984:

En cuanto a este aspecto, la Sala observa que efectivamente el Tribunal no se pronunció al respecto, y el cargo aparece expuesto en el libelo demandatorio, y también en la vía gubernativa, por tanto es procedente conocer del mismo.

Como se observó, a través de este cargo se pretende la reducción de la sanción, dado que esta disposición redujo la misma del 2% al 0.5% del mayor valor entre el patrimonio líquido y los ingresos netos del año anterior al de su imposición, sin exceder de $20.000.000; como esta disposición es más favorable que la anterior (artículo 84 de la Ley 9a. de 1983), que fue la disposición aplicada en los actos acusados, se ha solicitado su aplicación, petición que a juicio de la Sala es procedente si se tiene en cuenta que en este evento, como en el que hace referencia la sentencia de ésta Corporación que trae a colación el apelante, los hechos controvertidos y la sanción tuvieron lugar antes de la vigencia de dicha norma (diciembre 29 de 1987) y la situación de la sociedad se definió cuando ya estaba en vigencia la disposición más favorable, en cuanto que, tanto el recurso de reposición como el de apelación, fueron resueltos el 24 de octubre y el 2 de diciembre de 1988.

Por consiguiente, en la parte final de estas consideraciones se hará el correspondiente ajuste de la sanción, para lo cual se tendrá en cuenta el límite señalado en la nueva disposición.

3o. Violación de los artículos 30 y 34 de la Constitución Nacional:

Con relación a este cargo, la Sala observa que no le asiste razón al apoderado de la sociedad actora, y para desestimarlo, valgan los argumentos expuestos en la sentencia que cita la representante judicial de la Dirección de Impuestos, y que constituyen el criterio de la Sección al respecto; en efecto, dijo la Sala en esa oportunidad y ahora lo reitera:

> "a) Sobre la confiscación ha dicho la Sala que la prohibición contemplada en el artículo 34 de la Constitución de 1886 y también en el artículo 34 de la vigente, se refiere a ella en su carácter de "pena", o sea, como castigo a la comisión de un delito, tema que es absolutamente diferente al mayor valor, inclusive a veces exorbitante que resulta de las liquidaciones oficiales".
>
> "Los impuestos no son penas a las que se refiere la Constitución en su citado artículo 34. Son obligaciones que nacen de la ley en virtud de la facultad impositiva reconocida por el legislador y el mayor valor que surge como consecuencia de la inobservancia de sus normas no es equiparable ni por su origen, ni por su naturaleza, ni por sus finalidades con la pena de confiscación como causal de nulidad". (Exp. 203. Actor: Malterías Unidas S.A., Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate).

4o. Violación al principio de las anualidades fiscales:

En lo atinente a este cargo, la Sala encuentra procedente la objeción que formula la parte opositora, pues efectivamente se trata de un cargo nuevo planteado en el recurso de apelación, es decir, que éste no se formuló en el libelo demandatorio, circunstancia por la cual no es procedente avocar su conocimiento toda vez que la demanda constituye el marco de la controversia, dentro del cual se desenvuelve el proceso, de suerte que al no haberse formulado en la demanda, no puede ser objeto de conocimiento por parte de la Corporación.

5o. Violación del artículo 56 del Decreto 3803 de 1982:

La violación a esta disposición la hace consistir el apelante en el hecho de que la sociedad Invercrédito S.A., en la fecha de la visita tenía al día los libros auxiliares y comprobantes de contabilidad, y que lo único que le faltaba era trasladar los registros contables a los libros diario y mayor. La Administración de Impuestos de acuerdo a los antecedentes administrativos sancionó el atraso por más de tres meses (5 meses) en los libros diario y mayor y balances, irregularidad, que constataron igualmente los

peritos que practicaron y emitieronel dictamen pericial en la jurisdicción, en el cual en el acápite de las conclusiones al numeral 2o. se lee: "Para la fecha de la visita de los funcionarios de la Administración de Impuestos Nacionales (mayo 31 de 1985), Invercrédito tenía su contabilidad y libros auxiliares al día, **no así los libros oficiales en razón a que sus Estados Financieros al 31 de diciembre de 1984** se encontraban en proceso de estudio y aprobación por parte de la Superintendencia Bancaria..." (Destaca la Sala).

La disposición citada fue la norma que hizo extensiva la sanción por libros de contabilidad, por primera vez, al "atraso en los libros de contabilidad", es decir, que erigió como hecho irregular sujeto a la sanción por libros de contabilidad el atraso de éstos.

Conforme al artículo 49 del Código de Comercio, para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos. De esta disposición que cita el propio apelante se colige que los libros de contabilidad están conformados no solamente por los auxiliares, sino que hacen parte fundamental de los principales, siendo, a juicio de la Sala, los principales, el pilar de la contabilidad, los cuales son de conformidad con la ley los de obligatorio cumplimiento, y de éstos se toman las cifras que sirven de base para los estados financieros, los cuales, a su vez, son la fuente de las declaraciones tributarias.

Si bien la ley no ha señalado un catálogo indicando expresamente el nombre de los libros principales que deben llevar los comerciantes, no por ello, puede considerarse que no existe obligación de llevar los libros principales de contabilidad, y que por ello es suficiente con tener al día los libros auxiliares y demás comprobantes de contabilidad, como erróneamente lo interpreta el apoderado de la sociedad actora, toda vez que las disposiciones del Código de Comercio, especialmente los artículos 50, 51 y 52, a los cuales debe sujetarse para efectos fiscales, la contabilidad de los comerciantes, conforme a lo ordenado en el artículo 33 del Decreto 2821 de 1974 (norma codificada en el Estatuto Tributario), establecen unas reglas de las cuales surgen con meridiana claridad los libros de obligatorio cumplimiento para los comerciantes obligados a llevarlos. Estas reglas, precisamente, han servido de fundamento al Gobierno para expedir algunos decretos, como el que menciona la apoderada de la Dirección de Impuestos (Decreto 1098 de 1974), en él se indican los libros principales que deben llevar los comerciantes (libro diario, libro mayor, e inventarios y balances), el Decreto 187 de 1975, reglamentario del Decreto Extraordinario 2053 de 1974 (artículo 31), se refiere también al libro de inventarios; por tanto, no es de recibo el argumento del apelante en el sentido de que no existe obligación de llevar libros principales, porque para la Sala siempre ha sido clara la existencia de esa obligación, cuya omisión a partir del Decreto 3803 de 1982, sanciona la Ley Tributaria.

Sobre este aspecto la Sala ya se ha pronunciado como lo pone de manifiesto el propio apelante, razón por la cual, y como quiera que ese sigue siendo el criterio de la

Sección al respecto, es inaceptable la pretensión del apelante de considerar violado el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, sobre un supuesto que no tiene asidero legal, mientras que si está plenamente probado en el proceso, tanto por haberlo establecido la Administración de Impuestos, como por haberlo verificado los peritos contadores que practicaron la inspección judicial solicitada por la actora ante la jurisdicción, que los libros de contabilidad diario y mayor de la sociedad Invercrédito S.A., se encontraban con un atraso superior a tres meses (cinco meses), razón por la cual se hace acreedora, como lo estimó la Administración de Impuestos, a la Sanción establecida para esa clase de irregularidad.

No obstante y teniendo en cuenta lo resuelto en el punto 2o. de este proveído, se procede a efectuar una nueva liquidación de la sanción, en los siguientes términos:

Ingresos Netos 1985 (No. 00873 Jul. 4-86)

$1.912.499 X 0.5% = 9.562.167

Total Sanción aquí establecida: $9.562.167.

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 23 de octubre de 1992, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

2o. Modifícanse las Resoluciones Nos. 040141 del 6 de marzo de 1986, la No. 000103 del 24 de octubre de 1988, y la No. J 00043-AP del 2 de diciembre de 1988, a nombre de la sociedad INVERSIONES Y CREDITO COLSEGUROS S.A. CIA. DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL "INVERCREDITO", Nit: 60.009.193 a través de las cuales la Administración de Impuestos de Bogotá "Grandes Contribuyentes", impuso sanción por libros de contabilidad por el año gravable de 1985.

3o. Fíjase en la suma de NUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE. ($9.562.167 M/cte.), el valor de la sanción por libros de contabilidad aplicada por la Administración de Impuestos de Bogotá a la sociedad INVERSIONES Y CREDITO COLSEGUROS S.A. CIA. DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL "INVERCREDITO" Nit: 60.009.193, por el año gravable de 1985.

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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

OBLIGACION TRIBUTARIA/CONTRIBUYENTE–Deberes formales/ **DECLARACION TRIBUTARIA/DECLARACION DE RENTA**

La relación jurídico tributaria comprende además de la obligación tributaria sustancial, cuyo objeto es el pago del tributo, una serie de deberes y obligaciones de tipo formal que están destinadas a suministrar los elementos con base en los cuales el Gobierno puede determinar los impuestos, para dar cumplimiento y desarrollo a las normas sustantivas. Uno de esos deberes del particular es la elaboración y presentación de las declaraciones tributarias y dentro de ellas, la declaración anual del impuesto sobre la renta y complementarios, sobre la cual la Administración ejerce sus funciones de fiscalización y de determinación del impuesto. Del conjunto de normas que regulan las declaraciones tributarias y en particular la del impuesto de renta puede concluirse que no se trata de un simple formato, sino del instrumento oficial en el cual se materializan las informaciones que obligatoriamente debe rendir el particular al Estado, de acuerdo con la ley, los reglamentos y las instrucciones que al efecto legalmente está en capacidad de prescribir el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

ACTO DEFINITIVO/ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL/FORMULARIO DE DECLARACION/ACCION DE NULIDAD

Las resoluciones que acogieron los formularios para sociedades y personas naturales junto con los formularios y sus instrucciones constituyen un acto administrativo de carácter general e impersonal que si bien puede ser el inicio del proceso de determinación del impuesto, considerado en sí mismo constituye un acto definitivo como manifestación de voluntad administrativa que produce efectos jurí-

dicos, porque es expedido por el funcionario competente, incluye unas instrucciones precisas de obligatorio cumplimiento de los usuarios que son indeterminados y por sí mismo cumple un objetivo de orden legal de la mayor trascendencia: permitir que el particular cumpla satisfactoriamente con el deber de declarar al Estado su renta y su patrimonio. En este sentido y por tales motivos las declaraciones constituyen verdaderos instructivos obligatorios expedidos por el Gobierno que por ser de carácter general e impersonal, constituyen actos administrativos cuyo objetivo principal se cumple y su finalidad se agota en el momento en que el contribuyente lo presente diligenciado a la respectiva autoridad. En consecuencia tales actos pueden ser susceptibles del control jurisdiccional según el artículo 82 del C.C.A. y la vía adecuada es la acción pública de nulidad. Las resoluciones que acogieron los formularios para sociedades y personas naturales junto con los formularios y sus instrucciones constituyen un acto administrativo de carácter general e impersonal que si bien puede ser el inicio del proceso de determinación del impuesto, considerado en sí mismo constituye un acto definitivo como manifestación de voluntad administrativa que produce efectos jurídicos porque es expedido por el funcionario competente, incluye unas instrucciones precisas de obligatorio cumplimiento de los usuarios que son indeterminados y por sí mismo cumple un objetivo de orden legal de la mayor trascendencia: permitir que el particular cumpla satisfactoriamente con el deber de declarar al Estado su renta y su patrimonio. En este sentido y por tales motivos las declaraciones constituyen verdaderos instructivos obligatorios expedidos por el Gobierno que por ser de carácter general e impersonal, constituyen actos administrativos cuyo objetivo principal se cumple y su finalidad se agota en el momento en que el contribuyente lo presenta diligenciado a la respectiva autoridad. En consecuencia tales actos pueden ser susceptibles del control jurisdiccional según el art. 82 del C.C.A. y la vía adecuada es la acción pública de nulidad consagrada en el art. 84 del C.C.A.

ACTO PREPARATORIO–Inexistencia/ACCION DE NULIDAD/SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO

Sobre el argumento de convocar a Sala Plena de lo Contencioso si se adopta una decisión distinta a la solicitada, por considerar que existe jurisprudencia que respalda su argumentación sobre "la improcedencia de la acción de nulidad en tratándose de actos preparatorios", está de acuerdo la Sala sobre la mentada jurisprudencia pero advierte que no sería aplicable en el evento estudiado porque se trata de una acción contra los formularios como documentos de carácter general, de uso

obligatorio prescritos por la entidad oficial autorizada por ley para ello junto con las instrucciones para su diligenciamiento y que por sí mismos constituyen actos administrativos destinados a producir un efecto jurídico preciso cual es el de permitir el cumplimiento del deber de los particulares de denunciar su situación económica y autoliquidarse privadamente el correspondiente impuesto. Tal acto es de carácter general, obligatorio y definitivo, de donde no puede serle aplicable la jurisprudencia sobre la improcedencia de la acción de nulidad respecto de los actos preparatorios. Por tales razones y además por ser potestativo de la Sección el planteamiento ante la Sala Plena cuando considere que hay motivos suficientes para que asuma conocimiento, no se accederá a la petición en referencia.

CONTRIBUCION ESPECIAL/BASE GRAVABLE/IMPUESTO NETO DE RENTA/SUSPENSION PROVISIONAL–Procedencia

La base de la contribución especial creada por el artículo 11 de la Ley 6a. de 1992 en el 25 del impuesto neto sobre la renta, calificado así expresamente de neto, no está realmente reflejado en las instrucciones objeto de acusación que olvidan dicho calificativo para ordenar aplicar el porcentaje sobre el impuesto original o bruto. Cabrá especular sobre los alcances de dicha locución, pero lo que sí surge sin necesidad de lucubraciones complejas es que el impuesto neto no es igual al impuesto, sin ningún calificativo y esa sola consideración que en la práctica representa una diferencia cuantitativa fácilmente apreciable, justifica la suspensión provisional, mientras se define en el proceso sus reales alcances.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5457. Actor: Rafael Arenas Angel. Actos Nacionales. Auto.

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición contra el auto del 14 de abril de 1994 oportunamente interpuesto por los apoderados del Ministro de Hacienda y Crédito Público y de La U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante el cual se aceptó la demanda y se decretó la suspensión provisional de las instrucciones contenidas en los formularios oficiales de declaración de renta por el año gravable de 1994 en los renglones correspondientes a la base para determinar la contribución especial del 25%.

Dentro de la oportunidad del traslado el actor se opuso a la prosperidad de los recursos.

RECURSO DE LA DIAN. La señora apoderada de la Unidad Administrativa Especial –Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales– fundamenta el recurso con amplias consideraciones sobre dos temas principales: La improcedencia de la acción y la de la suspensión provisional.

Parte de la afirmación de que la naturaleza de los formularios indica que éstos son meros formatos y que la relación tributaria se traba únicamente cuando son diligenciados y presentados ante las autoridades competentes. La obligación tributaria sustancial se materializa cuando dicha declaración queda en firme o cuando se produce el acto oficial de liquidación y éstos son los verdaderos actos impugnables, por ser los definitivos.

Recuerda la clasificación de los actos administrativos que enseña el profesor Jaime Vidal Perdomo, entre actos definitivos, de trámite, preparatorios y de ejecución, para afirmar que las acciones contencioso administrativas se dirigen contra los actos definitivos. El formato de declaración y sus instrucciones constituyen única y exclusivamente un acto preparatorio que hace posible un acto principal, en este caso la declaración tributaria.

La acción de nulidad según el Decreto 01 de 1984 no procede contra los actos preparatorios conforme lo ha dicho esta Corporación en varios autos que cita, para concluir que la procedente sería la acción de restablecimiento del derecho del artículo 85 del C.C.A.

En síntesis concluye que "la acción es improcedente por tratarse el formulario y sus instrucciones en un acto administrativo preparatorio y no definitivo, frente al cual no procede la acción de nulidad a la luz de las modificaciones introducidas al Código Contencioso Administrativo por el Decreto 2304 de 1989".

En cuanto a la improcedencia de la suspensión decretada en el auto impugnado, inicia su exposición recordando aspectos y características de la figura de la suspensión como procedimiento excepcional y de urgencia, con apoyo en doctrinantes nacionales y extranjeros, así como con cita de jurisprudencia de esta misma Sección (marzo 5 y 18 de 1993), para recalcar que la figura de la suspensión requiere que la infracción sea manifiesta, lo cual no se da en el caso debatido. Para demostrarlo confronta los textos de los formularios en los renglones 40 y 35 con el artículo 11 de la Ley 6a. de 1992, para concluir que el debate sobre el alcance de la expresión "impuesto neto sobre la renta", que no está definido legalmente, implica ejercer los diversos métodos de interpretación como lo hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil para emitir el concepto del 18 de noviembre de 1993 al señor Ministro de Hacienda y como lo hizo también el propio demandante en su memorial.

TRASLADO A SALA PLENA. En memorial posterior (fl.147) solicita que en caso de adoptar posición distinta a la solicitada, se convoque a Sala Plena, toda vez que existe jurisprudencia que respalda la argumentación sobre la improcedencia de la acción contra actos preparatorios. Invoca el Acuerdo 2o. de 1971 y el 13 de 1978 (art. 13).

RECURSO DEL MINISTRO DE HACIENDA. El señor apoderado del Ministro de Hacienda vincula la fecha de ejecutoria del auto impugnado con la de los plazos para presentar declaraciones de renta fijados en el Decreto 2511 de 1993 para sustentar la afirmación de que respecto a los contribuyentes que ya presentaron su declaración de renta la acción procedente sería la de restablecimiento del derecho del artículo 85 del C.C.A. y para quienes no lo han presentado se produciría un restablecimiento automático, luego la acción incoada resulta improcedente pues la formulación correcta sería la de nulidad con restablecimiento del derecho.

En cuanto a la suspensión provisional el repaso de las notas predominantes que ha deducido la jurisprudencia reiterada y unánime, lo conduce a recordar también la teoría conocida como de los motivos y finalidades respecto a las acciones expuestas originalmente en fallo del 21 de agosto de 1972 que enlaza con la producida por esta misma Sección Cuarta cuando expuso que no es la generalidad del acto administrativo lo que determina si una acción es de nulidad o de plena jurisdicción, sino los **fines** del actor y que la suspensión procede cuando surja en forma evidente la contrariedad, sin necesidad de reflexiones profundas o circunloquios. Considera que para efectos de determinar el contenido del formulario, no es suficiente observar que en éste no se utilizó el término que la ley indica, pues del contenido de la proforma elaborada se establece que ésta se encuentra en consonancia con la obligación legal.

Se requiere de un análisis y no surge de la simple constatación fáctica.

La parte demandante se opuso a los recursos consignando varias consideraciones sobre el concepto de acto definitivo y anotando que el formulario tiene carácter general, obligatorio en cuanto al cumplimiento de la obligación sustancial. El formulario es esencial para el cumplimiento del acto individual de declarar, luego su naturaleza es similar a la de los decretos reglamentarios, son actos administrativos definitivos.

CONSIDERACIONES

1. SOBRE LA ACCION INCOADA

No fue extraño al auto recurrido el tema de la procedibilidad de la acción incoada frente a la clase de los actos impugnados. Por ello le dedicó algunos párrafos iniciales a la "naturaleza de los actos acusados" en los cuales después de reseñar varias disposiciones legales y reglamentarias (E.T. arts. 578 y 596 y D.R.2511/93, arts. 4 y 25) dijo que "surge de las anteriores disposiciones legales el carácter obligatorio de los formularios y de las instrucciones contenidas en ellos, como una manifes-

tación imperativa de la Administración que produce efectos jurídicos de indiscutible importancia para los contribuyentes".

A lo anterior, que rei.tera y destaca la Sala, agrega que la relación jurídico tributaria comprende además de la obligación tributaria sustancial, cuyo objeto es el pago del tributo, una serie de deberes y obligaciones de tipo formal que están destinadas a suministrar los elementos con base en los cuales el Gobierno puede determinar los impuestos, para dar cumplimiento y desarrollo a las normas sustantivas.

Uno de esos deberes del particular es la elaboración y presentación de las declaraciones tributarias y dentro de ellas, la declaración anual del impuesto sobre la renta y complementarios, sobre la cual la Administración ejerce sus funciones de fiscalización y de determinación del impuesto. Tal declaración debe presentarse en los formularios prescritos por la Administración que van acompañados de instrucciones precisas de las cuales el contribuyente no puede apartarse, so pena de incurrir en las distintas sanciones previstas en la ley (E.T. arts. 641-650).

Del conjunto de normas que regulan las declaraciones tributarias y en particular la del impuesto de renta puede concluirse que no se trata de un simple formato, sino del instrumento oficial en el cual se materializan las informaciones que obligatoriamente debe rendir el particular al Estado, de acuerdo con la ley, los reglamentos y las instrucciones que al efecto legalmente está en capacidad de prescribir el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Las anteriores afirmaciones tienen su respaldo en la siguiente normatividad positiva que fue indicada y aducida por la demanda: del Estatuto Tributario los artículos 578 y 596; el Decreto 2511 de 1993 en especial por lo dispuesto en sus artículos 11, 12 y 14 y las Resoluciones 844 y 853 del 3 de marzo de 1994 del Director de Impuestos y Aduanas que acogieron los formularios DIAN 77.001.93 para grandes contribuyentes y sociedades y DIAN 77.002.93 para personas naturales, para declarar renta por el año gravable de 1993, formularios de los cuales forman parte las instrucciones impugnadas.

Las citadas resoluciones junto con los formularios y sus instrucciones constituyen un acto administrativo de carácter general e impersonal que si bien puede ser el inicio del proceso de determinación del impuesto, considerado en sí mismo constituye un acto definitivo como manifestación de voluntad administrativa que produce efectos jurídicos, porque es expedido por el funcionario competente, incluye unas instrucciones precisas de obligatorio cumplimiento de los usuarios que son indeterminados y por sí mismo cumple un objetivo de orden legal de la mayor trascendencia: permitir que el particular cumpla satisfactoriarnente con el deber de declarar al Estado su renta y su patrimonio.

En este sentido y por tales motivos las declaraciones constituyen verdaderos instructivos obligatorios expedidos por el Gobierno que por ser de carácter general e impersonal, constituyen actos adrninistrativos cuyo objetivo principal se cumple y su finalidad se agota en el momento en que el contribuyente lo presenta diligenciado a la respectiva autoridad. En consecuencia tales actos pueden ser susceptibles del control jurisdiccional según el artículo 82 del C.C.A. y la vía adecuada es la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

Puede agregarse que los solos formularios en cuanto contienen instrucciones de obligatorio cumplimiento, no simplemente didácticas, equivalen a verdaderas circulares de servicio respecto a las cuales también procede la acción de nulidad según el mismo artículo 84.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala no acepta la argumentación de los recurrentes montada sobre la doctrina de los "móviles y finalidades" y la de que la acción de restablecimiento del derecho (art . 85) es la procedente en el caso que se analiza.

No trata la demanda de interés particular alguno, ni declaración de renta concreta ya presentada o en vía de presentarse. Claramente el planteamiento del actor se encamina a que se suprima una instrucción precisa de carácter general y de obligatorio cumplimiento por estimarla contraria a la ley.

2. SOBRE LA SUSPENSION PROVISIONAL

Comparte la Sala las apreciaciones doctrinarias y jurisprudenciales expuestas por los recurrentes sobre las notas características de la institución de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos pues en parte ella misma ha sido creadora de jurisprudencia sobre tan importante herramienta jurídica.

Pero obrando dentro de los parámetros de la jurisprudencia elaborada sobre el tema y la interpretación del artículo 152 del C.C.A. considera que la base de la contribución especial creada por el artículo 11 de la Ley 6a. de 1992 en el 25% del impuesto neto sobre la renta, calificado así expresamente de **neto,** no está realmente reflejado en las instrucciones objeto de acusación que olvidan dicho calificativo para ordenar aplicar el porcentaje sobre el impuesto original o bruto. Cabrá especular sobre los alcances de dicha locución, pero lo que sí surge sin necesidad de lucubraciones complejas es que el impuesto neto no es igual al impuesto, sin ningún calificativo y esa sola consideración que en la práctica representa una diferencia cuantitativa fácilmente apreciable, justifica la suspensión provisional, mientras se define en el proceso sus reales alcances.

3. TRASLADO A LA SALA PLENA

Con invocación del artículo 13 del Acuerdo 1 de 1971 (para los efectos el artículo 24 del Dcto. 524 de 1964) cuya operancia, si no su misma vigencia, está interferida por regulaciones posteriores, plantea uno de los recurrentes se convoque a Sala Plena de lo Contencioso si se adopta una solución distinta, por considerar que existe jurisprudencia que respalda su argumentación sobre "la improcedencia de la acción de nulidad en tratándose de actos preparatorios".

Está de acuerdo la Sala sobre la mentada jurisprudencia pero advierte que no sería aplicable en el evento estudiado porque se trata de una acción contra los formularios como documentos de carácter general, de uso obligatorio prescritos por la entidad oficial autorizada por ley para ello junto con las instrucciones para su cabal diligenciamiento y que por sí mismos constituyen actos administrativos destinados a producir un efecto jurídico preciso cual es el de permitir el cumplimiento del deber de los particulares de denunciar su situación económica y autoliquidarse privadamente el correspondiente impuesto.

Tal acto es de carácter general, obligatorio y definitivo, de donde no puede serle aplicable la jurisprudencia sobre la improcedencia de la acción de nulidad respecto de los actos preparatorios.

Por tales razones y además por ser potestativo de la Sección el planteamiento ante la Sala Plena cuando considere que hay motivos suficientes para que asuma conocimiento (art. 97, nums. 5 y 6 C.C.A.), no se accederá a la petición en referencia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. No se accede a reponer el auto del 14 de abril de 1994.

2. No se accede a remitir a la Sala Plena este negocio.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada 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.

PRINCIPIO DE LIBERTAD ECONOMICA/JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA

Es cierto que nuestro sistema jurídico consagra el principio de la libertad económica como la piedra angular del régimen económico imperante. También lo es que la Constitución de 1991 estableció que las limitaciones a esa libertad económica solo podrían realizarse por medio de instrumentos legales. Así las cosas resultaría evidente que cualquier limitación o restricción a los derechos atinentes a la libertad económica, efectuada por organismo administrativo y en instrumento jurídico que no tenga la categoría de ley, sería contraria a las anteriormente referidas previsiones de la Constitución. El organismo administrativo que produce la regulación acusada, es la Junta Directiva del Banco de la República, la que fue directa y excluyentemente facultada por la Constitución de 1991 para emitir, en su calidad de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, regulaciones de carácter general en tales materias. SON NULOS LOS APARTES DE LA RESOLUCION EXTERNA No. 21 DE 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República: a) En el inciso primero del artículo 88 de la expresión "dicha autorización se otorgará para períodos de tres (3) años, vencidos los cuales deberá renovarse". b) En el inciso segundo del artículo 88 la expresión "previo concepto del Consejo Asesor del Superintendente". c) El numeral 1o. del artículo 89, cuyo texto es el siguiente: "Deberán encontrarse organizados como sociedades anónimas". d) El numeral 2o. del artículo 89, cuyo texto es el siguiente: "Su capital pagado no podrá ser inferior a la suma de trescientos millones de pesos ($300.000.000). Esta cifra se reajustará anualmente desde 1994 en un porcentaje equivalente a la variación del índice de precios al consumidor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE". e) En el numeral 3o. del artículo 89, la expre-

sión que dice: "En cumplimiento de lo previsto en el artículo 203 del Código de Comercio, deberán contar con una revisoría fiscal, la cual será desempeñada independientemente por asociaciones o firmas de contadores que designen las respectivas asambleas generales de accionistas de las Casas de Cambio".

POTESTAD REGLAMENTARIA/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/ JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA–Facultades/ AUTORIDAD CAMBIARIA/AUTORIDAD CREDITICIA/AUTORIDAD MONETARIA

Tras la vigencia de la Constitución de 1991 ya no es posible afirmar, al menos tan categóricamente como antes, que el poder reglamentario, tanto el ordinario como el ampliado vinculado a las leyes marco, pertenece con exclusividad al Presidente de la República. Organismos como el Consejo Superior de la Judicatura y la Junta Directiva del Banco de la República, son buen ejemplo para mostrar esta disgregación del poder reglamentario que se produce bajo las nuevas normas constitucionales. Como la Constitución de 1991 adoptó con relación a la Banca central, constituida por el Banco de la República y su Junta Directiva, unos criterios de autonomía y de independencia con relación al Ejecutivo y como, por otra parte, dotó a la Junta Directiva de este organismo de naturaleza especial, de funciones de dirección y regulación como suprema autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, se encuentra la Sala en presencia de una novísima configuración de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de unas trascendentales transformaciones en el tratamiento de la facultad reglamentaria y ejecutiva, que tradicionalmente se habían considerado del dominio exclusivo del Presidente de la República.

JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA/CAMBIOS INTERNACIONALES/AUTORIDAD CAMBIARIA/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Como desarrollo de las normas constitucionales atinentes al ejercicio de las funciones atribuidas a la Junta Directiva del Banco de la República, el Congreso expidió la Ley 31 de 1992, en la que se explicita el carácter de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia de dicha Junta y se determina que las funciones constitucionales y legales sobre las referidas materias serán cumplidas mediante disposiciones de carácter general. De esta manera la Junta Directiva del Banco de la República cuenta también, con la correspondiente habilitación legislativa para el ejercicio de las importantes funciones que a ella le confirió la

Constitución. Pero suponer que la facultad reglamentaria en materias cambiaras puede resultar compartida entre la Junta del Banco de la República y el Gobierno sería una aberración constitucional: el artículo 113 dice que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, y si no lo dijera habría que entenderlo así, pues ello es indispensable para que la Administración Pública opere correctamente. Obsérvese que el artículo 189 numeral 25, no incluye entre las facultades del Presidente ninguna facultad de regulación o de señalamiento en materia de cambios internacionales. Por el contrario, esa norma sí da al Presidente facultades en todos los demás asuntos a los que se refiere el numeral 19 del artículo 150. Parece que no corresponde, entonces, al Presidente ninguna función directa en asuntos cambiarios. La exclusión tiene que producir consecuencias.

LEY MARCO/DECRETO LEGISLATIVO–Efectos/NORMA CON FUERZA DE LEY

Si el texto de la norma marco que se reglamenta, contiene un principio de carácter general en materia de cambios, la regulación que el Presidente expidiera mediante decreto, determinando las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de esta actividad, tiene o asume la misma posición y valor de la ley. No obstante, la capacidad "legislativa" y el poder derogatorio de leyes preexistentes que puedan tener los decretos que desarrollan las leyes marco, no son plenos o completos, como los del Congreso, sino condicionados, tanto por el marco jurídico de principios generales trazado por la correspondiente ley, como por las reglas que, dentro del proceso de interpretación sistemática de la institución de las leyes marco han sido deducidas por la jurisprudencia y la doctrina. Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos tienen la virtualidad de derogar, modificar o sustituir normas preexistentes que tengan fuerza de ley, siempre y cuando ellas se refieran a materias que son objeto de tratamiento legal mediante el sistema de leyes marco; por vía de ejemplo tenemos que un decreto sobre comercio exterior podría derogar leyes comunes que se hubieran expedido con anterioridad sobre esta misma materia.

CASAS DE CAMBIO/INTERMEDIARIO DEL MERCADO CAMBIARIO/ JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA

No puede la Junta Directiva del Banco de la República apoyarse en el argumento de que estaba facultada por el artículo 8o. de la Ley Marco de Cambios Internacionales para regular, imponiendo requisitos y

condiciones, la actividad de las Casas de Cambio, toda vez que ello implicaba que las hubiera calificado e incluido dentro de las personas que pueden actuar como intermediarios del mercado cambiario y la resolución 21 de 1993, a este respecto, lo que hace es todo lo contrario, pues le quita a dichas personas el calificativo de intermediarios cambiarios, que solo tuvieron en vigencia de la Resolución 27 de 1992. Tiene entonces razón el actor, cuando en su demanda y en los alegatos correspondiente plantea la ilegalidad e inconstitucionalidad de las regulaciones que expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República, inplican limitaciones al ejercicio de la actividad de las Casas de Cambio por cuanto que tales restricciones se impusieron sin apoyo en lo previsto en la normatividad legal en que dicen tener sustento.

LEY MARCO DE CAMBIOS INTERNACIONALES/REVISORIA FISCAL– Desempeño/**JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA**

Como la Junta Directiva del Banco de la República es competente para desarrollar la Ley Marco de cambios internacionales, dicha competencia no puede considerarse tan amplia que le permita, en aras de cumplir tal cometido, introducirse en el campo privativo de otras autoridades, pues ello no corresponde ni al contexto de nuestra normatividad constitucional ni a la filosofía y alcance de las regulaciones que bajo la forma institucional de las leyes marco consagra nuestra Carta Política. El mismo razonamiento es igualmente idóneo para sustentar la anulación de la exigencia prevista en el numeral 3o. del art. 89 de la Resolución acusada acerca de que las Casas de Cambio "deberán contar con una revisoría fiscal, la cual será desempeñada independientemente por asociaciones y firmas de contadores que designen las respectivas asambleas generales de accionistas de las Casas de Cambio", ya que mediante una ley marco de cambios internacionales, se introduzcan modificaciones a leyes preexistentes no relacionadas con la misma materia y, lo cierto es que al hacerse la exigencia de que los revisores de las Casas de Cambio sólo pueden ser personas morales, se está reformando el Código de Comercio que permite el ejercicio de dicha actividad, en cualesquiera de los campos en que ella pueda realizarse, a toda clase de personas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5185. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte. C/La Nación - Banco de la República. Nulidad de Resolución Externa no. 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, artículos 88 y 89. Fallo.

Decide la Sala sobre la demanda que en acción de nulidad presentó en su propio nombre el ciudadano Luis Carlos Sáchica Aponte contra apartes de los artículos 88 y 89 la Resolución Externa No. 21 de 1993, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República.

EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Se trata de la Resolución Externa No. 21, de septiembre 2 de 1993 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, de la cual se demandan apartes de los artículos 88, 89 y publicada en el Boletín No. 113 del Banco de la República de septiembre 2 de 1993 cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 88.– AUTORIZACION A CASAS DE CAMBIO. Conforme lo previsto por el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para adelantar operaciones propias de las casas de cambio, éstas deberán contar con la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria **dicha autorización se otorgará para períodos de tres (3) años, vencidos los cuales deberán renovarse".**

"La autorización se otorgará mediante resolución motivada de la Superintendencia Bancaria, **previo concepto del Consejo Asesor del Superintendente...".**

"Artículo 89.– REQUISITOS. Para obtener el certificado de autorización por parte de la Superintendencia Bancaria a que se refiere el artículo anterior, las casas de cambio deberán acreditar ante dicho organismo los siguientes requisitos:"

"1.– **Deberán encontrarse organizadas, como sociedades anónimas;"**

"2.– **Su capital pagado no podrá ser inferior a la suma de trescientos millones de pesos ($300.000.000). Esta cifra se reajustará anualmente desde 1994 en un porcentaje equivalente a la variación del índice de precios al consumidor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE);"**

"3.– **En cumplimiento de lo previsto en el artículo 203 del Código de Comercio, deberán contar con una revisoría fiscal, la cual será desempeñada independientemente por asociaciones o firmas de contadores que designen las respectivas asambleas generales de accionistas de las casas de cambio...".**

LA DEMANDA

Mediante la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo se solicitó la nulidad y suspensión del acto administrativo citado por ser violatorio de los artículos 84, 122, 123, 150-7, 333, 335, 371, 372 Constitución Política; artículo 16 letra h de la Ley 31 de 1992; artículo 79 y 333 del Decreto 663 de 1993; y, artículo 203 del Código de Comercio, por las siguientes razones:

1.– El principio rector de la actividad económica nacional es el de la libertad económica, garantizada a los particulares en el artículo 333 de la Constitución Política, en donde se establece que el ejercicio de la actividad económica corresponde regularlo a la ley y estatuye que nadie podrá exigir permisos previos ni requisito, sin autorización de la ley.

Por tal razón, la exigencia de los artículos 88 y 89 de la resolución demandada del otorgamiento de una autorización de funcionamiento temporal y del establecimiento de unos requisitos para que las casas de cambio puedan operar, implican condicionamientos y restricciones de esa actividad económica que deben tener fundamento expreso en la ley.

2.– El artículo 84 de la Constitución Política, establece la prohibición a las autoridades públicas de establecer o exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para el ejercicio de una actividad que ya ha sido regulada de manera general en la ley.

Afirma el accionante que si se hace un análisis de las disposiciones legales referentes a la regulación del cambio de divisas, se encuentra que en tales disposiciones se señalan los requisitos condicionantes de actividad cumplida por las casas de cambio, de lo que se desprende la ilegalidad de las que sean dictadas por autoridades que carezcan de competencia para establecerlas.

3.– Advierte el actor que el artículo 335 de la Constitución Política, tratándose de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y las demás relacionadas con manejo, aprovechamiento e inversión de recursos de captación, condiciona su desarrollo por los particulares a la intervención estatal, previa autorización oficial sometida a los requisitos que señale la ley. Así pues, la Junta Directiva del Banco, al actuar como autoridad cambiaria no puede definir como legislador las condiciones organizativas o empresariales pues estaría utilizando potestades que el constituyente reservó al legislador.

Manifiesta el actor, que si bien la Junta Directiva del Banco de la República al expedir la citada resolución invoca las atribuciones constitucionales que como autoridad cambiaria le asignan los artículos 371 y 372 de la Constitución Política, hay que

precisar que dicha autoridad solo puede recaer o tener por objeto las funciones que el legislador le asignó al momento de regular su actividad (Ley 31 de 1992).

Además, afirma que el legislador previó que la Junta Directiva del Banco de la República únicamente podrá establecer controles o actuaciones administrativas con el objeto de verificar la naturaleza de la transacción y el cumplimiento de las regulaciones correspondientes (artículo 5 Ley 9 de 1991 en concordancia con el artículo 16-h de la Ley 31 de 1992) de manera que carece de competencia cuando no solo quiera establecer esos controles administrativos a la actividad desarrollada por las casas de cambio sino también cuando pretenda determinar su estructura organizativa obligándolas a adoptar un tipo societario específico con un capital determinado.

Paralelo a estas violaciones, la Resolución acusada viola en forma directa el artículo 150 numeral 7o. de la Constitución y el artículo 663 de 1993, en el cual se reserva como competencia legislativa excluyente la de determinar la estructura de los organismos administartivos y los objetivos de los mismos, lo cual equivale no solo a dar la organización operativa y funcional de esas entidades sino el consiguiente señalamiento de los objetivos que deben cumplir, según el propio texto constitucional.

En consecuencia, una resolución como la acusada no podría asignar funciones a la Superintendencia Bancaria y a su Consejo Asesor no contemplado en la ley en su acto de creación, pues, aparte de violar el derecho a la libertad económica usurpa para sí la competencia que el constituyente reservó a la ley.

Finalmente, el numeral 3o. del artículo 89 de la Resolución Externa No. 21 de 1993 de la Junta Directiva viola los artículos 79 del Decreto 663 de 193 y 203 del Código de Comercio cuando obliga a las casas de cambio a contar con una revisoría fiscal desempeñada independientemente por asociaciones o firmas de contadores sin tener en cuenta que las disposiciones legales, permiten que esta revisoría fiscal sea desempeñada no solo por una asociación o firma de contadores sino también por una persona natural.

TRAMITE PROCESAL

El actor solicitó de modo expreso en la demanda la suspensión provisional de los actos acusados, la cual fue resuelta en auto de 19 de noviembre de 1993, accediéndose a tal pretensión en los siguientes términos:

> "2o.– Suspéndense provisionalmente los siguientes apartes de la Resolución 21 de 1993".
>
> "a) En el artículo 88 la expresión: **"dicha autorización se otorgará para períodos de tres (3) años, vencidos los cuales deberá renovarse".**

"b) Los numerales 1 y 2 del artículo 89".

"c) La expresión: **"la cual será desempeñada independientemente por asociaciones o firmas de contadores".**

"3o.– No se suspende la expresión: **"previo concepto del Consejo Asesor del Superintendente"** del artículo 88 de la Resolución referida".

Inconforme con esta providencia, la Junta Directiva del Banco de la República y la Superintendencia Bancaria (como tercer impugnante en este proceso), mediante apoderado judicial, interpusieron recurso de reposición el cual fue decidido mediante el auto de 21 de enero de 1994, confirmando el auto recurrido de fecha 19 de noviembre de 1993.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Banco de la República, concurrió al proceso mediante apoderado para oponerse a la demanda.

Manifiesta que la Junta Directiva del Banco de la República al expedir la resolución demandada se sujetó a la Ley 31 de 1992 y Ley 9 de 1991.

Aduce, además, que los cambios internacionales están sujetos a una ley general, que no puede contener normas en detalle y, a otra ley reguladora del ejercicio de las funciones constitucionales de la Junta Directiva del Banco de la República y, que de la demanda y el auto que suspendió provisionalmente las normas demandadas. Se desprende que los requisitos exigidos han debido estar expresamente contenidos en la ley, lo cual colocaría a las autoridades en una de dos absurdas situaciones: 1.– Si regulan la actividad cambiaria con base en una ley general, su acto es reputado inconstitucional por violación del artículo 333 de la Carta o, 2.– Que, si buscan en el Congreso de la República la expedición de una ley que regule en detalle la actividad cambiaria, ésta sería inexequible por violación del encabezamiento del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política. Concluye frente a esto, que en Colombia no sería dable ejercer las competencias cambiarias consagradas en la Constitución Política, situación que no puede ser de recibo en un Estado Social de Derecho.

Finaliza afirmando que la Junta Directiva del Banco de la República al expedir la Resolución No. 21 actuó dentro de las directrices de la Ley 9 de 1991 y en cumplimiento de las funciones atribuidas en la materia por el artículo 16 literal h de la Ley 31 de 1992.

El apoderado de la Superintendencia Bancaria, actuando como coadyuvante de la demandada, hace las siguientes afirmaciones:

La Superintendencia Bancaria no ha desconocido el alcance del artículo 333 de la Constitución Nacional (sic) sin embargo, debe tenerse en cuenta que dentro de la libre competencia económica, la empresa tiene la función social que debe reconocerse por mandato legal.

Afirma que el legislador en el artículo 8 de la Ley 9 de 1991, en concordancia con el artículo 16-h, de la Ley 31 de 1992, asigna como una nueva función del Gobierno Nacional - Junta Directiva del Banco de la República, establecer los requisitos y condiciones de las operaciones de cambio que podrán realizar los diferentes tipos de intermediarios, así como, los requisitos que deberán cumplir los intermediarios para operar en el mercado.

Aduce que al expedirse la Ley 9 de 1991 como la Ley 31 de 1992, es el mismo legislador quien crea una competencia en cabeza de la Junta Directiva del Banco de la República que consiste en fijar los requisitos que deben cumplir los intermediarios del mercado, la cual no puede ser desconocida por el actor.

La Superintendencia Bancaria, interpreta esta función de la Junta Directiva del Banco de la República como la labor de definir de manera general la estructura organizacional y empresarial idónea para las casas de cambio, así, como los permisos y demás requisitos pertinentes para un cabal cumplimiento de su gestión, sin coartar el derecho a la libertad económica de quien desee ingresar como intermediario del mercado cambiario.

Además, resulta inaplicable el artículo 84 Constitución Política, pues, los requisitos mínimos establecidos por la Junta Directiva como consecuencia del mandato del legislador son generales y objetivos; y, de ninguna manera son requisitos adicionales cuyo carácter sea particular e impidan el libre acceso al mercado.

Afirma que el doctor está desconociendo todo un proceso propiciado desde la expedición de la Constitución de 1991, pues, de acuerdo con el articulo 20 transitorio de la Constitución se facultó al Gobierno para emprender un proceso de modernización del Estado, y, para tal fin, se podían suprimir algunas entidades que ya no se encontraban cumpliendo con las finalidades para las cuales fueron creadas. Una de ellas fue la Superintendencia de Control de Cambios trasladándose su competencia del control y vigilancia de los intermediarios del mercado cambiario y en general de todo el sector, a la Superintendencia Bancaria.

Reitera que es la ley la que faculta a la entidad demandada para determinar los requisitos que deben cumplir los intermediarios para acceder al mercado cambiario, lo cual la deja en plena libertad dentro de los límites que la misma norma establece, para definir la forma como ha de estar planteada la organización empresarial de dichas

entidades, extendiéndose a la determinación de los órganos de control y vigilancia sociatarias, como lo es la revisoría fiscal.

Afirma que no puede desconocerse que las casas de cambio obedecen a una reglamentación especial, implicando que las normas generales deben dar paso en su aplicación de manera preferente a las normas particulares teniendo en cuenta que dichas entidades ejercen una actividad exclusiva y altamente especializada.

ALEGATOS DE LAS PARTES

A.– Del actor.

El actor reitera su petición para que se declare la nulidad parcial de los artículos 88 y 89 de la Resolución Externa No. 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República en los siguientes términos.

a.– Nuestro sistema constitucional prevé un modelo de economía mixta donde frente a la libre iniciativa privada en la gestión de la actividad económica, el Estado mantiene la potestad de intervenirla por virtud de la ley, por consiguiente, si no existe una disposición específica que someta a control o intervención del Estado determinada actividad económica, ella queda librada a la iniciativa privada sin ninguna condición.

b.– La Junta Directiva al expedir las normas acusadas, sin tener competencia y actuando como legislador, está violando los artículos 122, 123, 371, 372 de la Constitución Política y 16 letra h de la Ley 31 de 1992.

– La Constitución Política, en los artículos 371 y 372 se refieren al ejercicio de la autoridad en materia de cambio internacional establecido en la Ley 31 de 1990, en concordancia con el artículo 5 de la Ley 9 de 1991 estableciendo que la Junta Directiva del Banco de la República, **únicamente podrá establecer controles o actuaciones administrativas con el objeto de verificar la naturaleza de la transacción y el cumplimiento de las regulaciones correspondientes.**

c.– Afirma el actor que las casas de cambio no pueden ser catalogadas como intermediarios del mercado, por consiguiente, no es posible radicar la competencia de la Junta Directiva del Banco de la República en el artículo 6o. de la Ley 9 de 1991 para expedir normas como las acusadas.

d.– Afirma el accionante que solo la Constitución, la Ley o el Reglamento pueden asignar funciones públicas en cuanto implican un reparto del poder, por consiguiente, al asignar competencia al Consejo Asesor del Superintendente Bancario para conceptuar sobre autorizaciones de funcionamiento, viola el artículo 15 a 70 de la Constitución Política, y el 334 del Decreto 663 de 1993, además de que, las casas de cambio no poseen la calidad de institución financiera o entidad aseguradora.

e.– Reitera su solicitud de que sean declaradas nulas las expresiones del artículo 89, numeral 3 de la Resolución Externa No. 21 de 1993, que obligan a las casas de cambio a tener una revisoría fiscal ejercida independientemente por asociaciones o firmas de contadores en cuanto desconocen su derecho a tener una revisoría fiscal desempeñada por una persona natural, artículo 79, Decreto 663 de 1993 y 203 del Código de Comercio.

B.– Del Banco de la República.

El apoderado del Banco de la República presenta sus alegatos de conclusión haciendo inicialmente un breve recuento histórico de la regulación de las casas de cambio.

Afirma el demandado que sí existen disposiciones, como son la Ley 9a. de 1991, articulos 8o. y 3o. en concordancia con los artículos 372 y transitorio 51 de la Constitución Política y, Ley 31 de 1992, artículo 16-h, que facultan al Banco de la República para exigir permisos o fijar requisitos, para que las casas de cambio desempeñen la citada actividad, pues, al reemplazar la Junta Directiva del Banco de la República a la Junta Monetaria; la Junta asumió las funciones de regulación cambiaria, previstas en los artículos 5 a 13 de la Ley 9 de 1991.

Precisa que el artículo 335 de la Constitución Política, no puede tenerse en cuenta en la ilegalidad, en la medida en que la actividad que realizan las casas de cambio no es de aquellas que puedan catalogarse como financieras, bursátil, aseguradora o relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público, a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

La actividad de las casas de cambio, como intermediarios del mercado cambiario solo pueden entenderse como una actividad necesariamente regulada dado que dicho mercado a pesar de la flexibilidad del nuevo régimen cambiario, no ha pasado al sistema de la absoluta libertad.

La facultad prevista a la Junta Directiva del Banco de la República, surge del texto del artículo 8 de la Ley 9 de 1991, para el señalamiento de requisitos de funcionamiento de las casas de cambio y para adelantar las operaciones de cambio a ellas autorizadas.

Afirma el demandado que al hecho de que el estatuto orgánico del sistema financiero disponga la obligatoriedad de tal requisito para autorizar el funcionamiento de las instituciones financieras o aseguradoras, no descarta la posibilidad de que por vía distinta y en cumplimiento de las facultades expuestas otorgadas por la norma citada, la junta lo haga extensivo a las casas de cambio.

La actividad desarrollada por las casas de cambio no puede ser catalogada como parte del sistema financiero, pues, no tienen relación alguna con el manejo y aprovechamiento e inversión de los recursos de captación; y tienen por objeto exclusivo la realización de operaciones de cambio.

Y es que de conformidad con las facultades otorgadas por la Ley 9a. de 1991 y por el artículo transitorio 51 de la Constitución Política, la Junta Directiva del Banco de la República, mediante Resolución Externa No. 27 de 1992, definió y ubicó dentro de la categoría de intermediarios del mercado cambiario a las casas de cambio, supeditando la adquisición de tal condición a la autorización que les confiera el Superintendente de Cambios para actuar como tales, creándose así un régimen jurídico especial y ajeno al del sector financiero regulado por el estatuto orgánico del sistema financiero.

Reitera que con motivo de la redistribución de competencias de las funciones de vigilancia que desempeñaba la Superintendencia de Cambios, mediante Decreto 1271 de 1993 se le asignó a la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario, dependiente del Superintendente Delegado para Establecimientos de Créditos, la facultad de controlar y vigilar privativamente a las casas de cambio; no significa que estas se hayan convertido en establecimientos de crédito, sociedades de capitalización o servicios financieros ni entidades aseguradoras o intermediarias de seguros o reaseguros y por ende aceptar, como lo plantea la demandante, que a las casas de cambio se les aplica el artículo 335 de la Constitución Política y el Decreto 663 de 1993.

C.– De la Superintendencia Bancaria.

El apoderado judicial de esta entidad, procede a alegar de conclusión solicitando se desestimen las pretensiones del recurrente y se confirme la legalidad de la Resolución Externa No. 021 de 1993.

Afirma que es el mismo legislador el que crea la facultad de que hace uso la Junta Directiva de Banco de la República para efectos de reglamentar los intermediarios del mercado cambiario, mediante el artículo 8 de la Ley 91 en concordancia con el artículo 16-h de la Ley 31 de 1992.

La Ley 31 de 1992 trasladó del Gobierno Nacional a la Junta Directiva del Banco de la República, las facultades de regulación cambiaria que la Ley 9 de 1991 había otorgado bajo la vigencia de la Constitución de 1986 al Gobierno Nacional, entre ellas la transcrita.

En conclusión, no puede considerar que la Junta Directiva del Banco de la República haya desbordado sus atribuciones al fijar algunos lineamientos mínimos de carácter organizacional y empresarial que deban cumplir las casas de cambio para que puedan abocar en debida forma su gestión en el mercado financiero, pues, con ello se

desconocería el mandato expreso del legislador en este sentido, el cual tuvo oportunidad de ser evaluado tanto en el proceso de expedición de la Ley 9 de 1991, como en el de la Ley 31 de 1992.

La competencia que tiene la Junta Directiva en relación con la naturaleza de las operaciones que realizan las casas de cambio como intermediarias del mercado, se extiende a la determinación de los requisitos que deben cumplir dichas sociedades para acceder a ese mercado, haciendo referencia a su calidad e idoneidad organizativa y empresarial, y, se sustenta en una facultad expresa que el mismo legislador le otorgó a la Junta, la cual como organismo de naturaleza constitucional regulador de la política cambiaria, crediticia y monetaria, vio así complementadas sus funciones en esta materia tanto desde el punto de vista de los sujetos como de la actividad que realizan.

En relación con la violación de los artículos 79 del Decreto 663 de 1993 y 203 del Código de Comercio, manifiesta el apoderado de la Superintendencia Bancaria, que las casas de cambio obedecen a una naturaleza especial en razón a la labor que desempeñan, por tal razón debe considerar que el legislador al facultar a la Junta Directiva del Banco de la República para señalar los requisitos que deben cumplir las casas de cambio para el desempeño de su labor, permitió que se determinen las formas más idóneas de organización empresarial a los que deben acogerse para llevar a cabo su operación, lo cual se extiende a la determinación de los órganos de control y vigilancia societarios como lo es la Revisoría Fiscal al determinar que ésta se realice por determinadas personas simplemente se está respondiendo a una necesidad de fijar requisitos especiales con miras a poder dar un mecanismo de contraloría efectiva que responda de una manera especial al carácter especial que conservan las casas de cambio como intermediarios de un mercado cuya importancia dentro del sector económico es preponderante.

D.– Del Ministerio Público.

Manifiesta la Procuraduría que ha analizado los alcances de las normas constitucionales de 1991 que han creado un panorama diferente en el ámbito del funcionamiento del sistema financiero, cambiario, monetario y de crédito y su desarrollo en el campo legal para concordar una y otras con miras al mejor funcionamiento de los diferentes sistemas.

Aclara que el artículo 150 de la Constitución Nacional, en el literal b) del numeral 19 establece que es facultad del Congreso, regular el Comercio Exterior y establecer el Régimen Cambiario Internacional en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República. Igualmente considera propio del Congreso el literal d) regular las actividades financieras, bursátil,

aseguradora, y cualesquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

El artículo 33 consagra la libertad en la actividad económica y la iniciativa privada dentro de determinados límites y expresamente en su inciso final prevé que la ley determinará el alcance de la libertad económica cuando esté de por medio el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. El artículo 334, establece que la Dirección General de la Economía estará a cargo del Estado, y éste intervendrá por mandato de la ley, este artículo, que es casi una reproducción de la Constitución de 1886, tiene la principal característica de que el Congreso por medio de una ley de intervención, puede investir de facultades especiales al Presidente de la República para tomar determinaciones en materia económica, con jerarquía de ley pudiendo modificar o derogar normas que existen que tengan íntima relación con la función que está ejerciendo dentro de los límites de ley.

Describe como una innovación en el sistema de regulación monetaria, la facultad que los artículos 371 a 373 conasgran propia del Banco de la República; ejercer funciones de Banca Central con poder de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, así como administrar las reservas internacionales, etc., estando sujeto a un régimen legal especial.

Este funcionamiento es autónomo pero en coordinación con la política económica general.

Afirma que las disposiciones constitucionales han tenido un desarrollo legal que se concreta en la Ley 31 de 1992; anteriormente a la Constitución de 1991, el Congreso había dictado la Ley 9 de 1991, que constituye la ley marco de los cambios internacionales, que crea el libre mercado de divisas, autorizando en ella el funcionamiento de los intermediarios del mercado cambiario, asignándole al Gobierno Nacional, facultades para determinar ese tipo de intermediarios dentro del criterio de que se traten de instituciones financieras o de entidades con objeto exclusivo de realizar operaciones de cambio; el artículo 8 de la Ley 9 de 1991, autorizó al Gobierno, para establecer los requisitos y condiciones de las operaciones de cambio, así como las condiciones que deben cumplir los intermediarios para operar en el mercado; y esta facultad se trasladó a la Junta Directiva del Banco de la República, quien se convirtió en autoridad monetaria, cambiaria y crediticia y por esto en la Ley 31 de 1992, artículo 16-h, se dijo que dichas funciones de regulación las ejercía el Banco de la República, incluyendo lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 9 de 1992.

Concluye que el Banco de la República sí tiene competencia para dictar las normas acusadas, pues el Congreso por medio de ley facultó al Gobierno para regular el funcionamiento de los intermediarios del mercado cambiario, exigiéndoles el cumpli-

miento de determinados requisitos, y, la nueva Constitución facultó a la Junta Directiva del Banco de la República como lo reconoce y prescribe le Ley 31 de 1992.

Así las cosas, la Junta sí puede fijar límites en el tiempo para las autorizaciones que otorga la Superintendencia Bancaria a los intermediarios; exigir el concepto previo del Consejo Asesor del Superintendente, y, exigir el tipo de entidad que puede servir de intermediario en el mercado cambiario así como, señalar su capital con los ajustes anuales correspondientes.

Por lo contrario, la exigencia de establecer una revisoría fiscal ejercida únicamente por personas jurídicas si vulnera las disposiciones del Código de Comercio, que señalan como único requisito para ser revisor fiscal, tener la calidad de contador público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Rituado completamente el proceso hasta el punto en que corresponde proferir sentencia de mérito, viene a la Sala el presente asunto con el fin de establecer si los apartes de las normas acusadas, contenidos en los artículos 88 y 89 de la Resolución No. 21 de 1993 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, son violatorios o no de las normas constitucionales y legales que se invocan por parte del demandante.

Al debate jurídico, como lo describen los antecedentes han concurrido, en todas sus etapas, para exponer argumentos en favor y en contra de la legalidad, tanto el señor demandante, como la señora Delegada del Procurador y los representantes del Banco de la República y de la Superintendencia Bancaria.

Previamente a la expedición de la sentencia, la Sala deberá realizar los siguientes razonamientos y consideraciones:

1.– La libertad económica y las funciones constitucionales de la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad cambiaria.

Es cierto, como lo afirma el demandante que nuestro sistema jurídico consagra el principio de la libertad económica como la piedra angular del régimen económico imperante. También lo es que la Constitución de 1991 estableció que las limitaciones a esa libertad económica solo podrían realizarse por medio de instrumentos legales, tal como se desprende de lo que disponen los artículos 333 y 84.

Así las cosas, resultaría evidente que cualquier limitación o restricción a los derechos atinentes a la libertad económica, efectuada por organismo administrativo y en instrumento jurídico que no tenga la categoría de Ley, sería contraria a las anteriormente referidas previsiones de la Constitución.

No obstante, el debate jurídico realizado y el análisis que la Sala ha tenido que efectuar, particularmente tomando en consideración las nuevas circunstancias normativas, llevarían a la Corporación a la conclusión de que dicha violación no se presentaría, al menos por las razones alegadas, habida cuenta de que el organismo administrativo que produce la regulación acusada, es la Junta Directiva del Banco de la República, la que fue directa y excluyentemente facultada por la Constitución de 1991 para emitir, en su calidad de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, regulaciones de carácter general en tales materias.

Respecto de los temas cambiarios, la Constitución recientemente expedida, trae trascendentales innovaciones que, realmente, implican a juicio de la Sala, una nueva concepción en materia de definiciones relativas a la repartición de competencias legislativas y reglamentarias, entre los diferentes órganos que hacen parte del poder público.

Tras la vigencia de la Constitución de 1991 ya no es posible afirmar, al menos tan categóricamente como antes, que el poder reglamentario, tanto el ordinario como el ampliado vinculado a las leyes marco, pertenece con exclusividad al Presidente de la República. Organismos como el Consejo Superior de la Judicatura y la Junta Directiva del Banco de la República, son buen ejemplo para mostrar esta disgregación del poder reglamentario que se produce bajo las nuevas normas constitucionales. En el caso del primero de los entes citados, incluso, con una cierta facultad supletoria de la Ley cuando quiera que se le faculta en el numeral 3 del artículo 257 para "dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones externas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, **en los aspectos no previstos por el legislador"** (Destaca la Sala). Y en el caso específico de la Junta Directiva del Banco de la República, igualmente con un poder o facultad reglamentaria, directa y excluyente, que le permite "regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito..."; pero adicionalmente, también con la facultad de desarrollar las leyes marc que el Congreso dicte en materia de cambios internacionales, función ésta que anteriormente competía al Presidente de la República y que ahora, sólo mantiene en relación con las materias diferentes de las cambiarias, que deban ser objeto de este tipo de leyes.

Como la Constitución de 1991 adoptó con relación a la Banca Central, constituida por el Banco de la República y su Junta Directiva, unos criterios de autonomía y de independencia con relación al Ejecutivo y como, por otra parte, dotó a la Junta Directiva de este organismo de naturaleza especial, de funciones de dirección y regulacón como suprema autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, se encuentra la Sala, en presencia de una novísima configuración de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de unas trascendentales transformaciones en el tratamiento de la facultad reglamentaria y

ejecutiva, que tradicionalmente se habían considerado del dominio exclusivo del Presidente de la República.

A esta conclusión han llegado ya importantes autores estudiosos de las transformaciones acaecidas sobre el poder regulador del Estado, con motivo de la expedición de la Constitución de 1991. Uno de ellos, el profesor Palacios Mejía ha escrito lo siguiente:

> "Por eso una de las cosas que llaman la atención en la Constitución de 1991 es que priva al Presidente de su facultad reglamentaria en ciertos asuntos porque ella misma atribuye facultades reguladoras, reglamentarias, a muchas autoridades de nivel nacional, distintas del Presidente de la República. En los casos más importantes, las facultades reglamentarias que se atribuyen a otras autoridades recaen en materias económicas. El resultado es una reducción de la importancia de la facultad reglamentaria presidencial dentro del conjunto de la vida institucional del país".[1]

Para el autor citado, gozan de ésta facultad de regulación directamente atribuida por la Constitución, además de la Junta Directiva del Banco de la República, organismos como el Consejo Superior de la Judicatura, el Contralor General de la República, el Consejo Nacional Electoral, los órganos superiores de la administración de justicia, a saber, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, así como, en materia tributaria, determinadas autoridades administrativas autorizadas por leyes, ordenanzas y acuerdos para fijar la tarifa de las tasas y contribuciones.

De conformidad con las nuevas disposiciones constitucionales, se tiene que a quien compete expedir las regulaciones cambiarias y propiciar su ejecución, con arreglo a las leyes marco que expida el Congreso, en las aludidas materias, no es al Presidente de la República, sino a la Junta Directiva del Banco Central.

Tal conclusión, que podría parecer extraña a nuestra tradicional organización jurídico política, tiene, sin embargo, asidero en la propia Constitución. Específicamente, cuando a más de las previsiones que contienen los artículos 371, 372 y 373, determina la Carta, en el artículo 150, numeral 19, que las leyes marco relativas al régimen de cambio internacional deben desarrollarse "en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República".

De otro lado, si se analizan las funciones del Presidente de la República contenidas en el artículo 189, numeral 25, atinentes a la reglamentación de las leyes marco, se

---

[1] PALACIOS MEJIA, Hugo. "Notas acerca de la facultad de regular la economía de 1991". En DERECHO PUBLICO, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, No. 1, Bogotá, Pág. 51.

observa que en dicho texto no se le atribuye ninguna facultad de reglamentación con respecto al tema de los cambios internacionales (la anterior Constitución sí le otorgaba expresamente tal función en el artículo 120, numeral 22); mientras que el artículo 150, numeral 22, determina que el Congres debe expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva, las que indudablemente, deberán estar en consonancia con aquellas, que de manera general y directa, la propia Constitución le atribuyó en el artículo 371, al disponer que es función básica del Banco de la República "regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito...".

A este respecto conviene citar el autorizado testimonio de uno de los Constituyentes, el doctor Carlos Lleras de la Fuente, quien al explicar el alcance de las disposiciones del artículo 371, dice:

> "La regulación de la moneda, los cambios internacionales y el crédito, suponen la facultad del Banco, a través de su junta directiva, para adoptar normas que influyan sobre la cantidad, costo y disponibilidad de medios de pago, bien que se opte por instrumentos directos de control monetario, acordes con el funcionamiento libre de las fuerzas del mercado, o por instrumentos de control directo –encajes, control administrativo de tasas de interés, inversiones forzosas, crédito dirigido–, etc.
>
> "En materia cambiaria, y a diferencia de la Constitución que rigió hasta julio de 1991, que radicaba la competencia para regular los cambios internacionales en cabeza del Presidente de la República, con sujeción a las reglas generales de la respectiva ley marco, la nueva Constitución asigna al Banco de la República la función básica de regular los cambios internacionales; simultáneamente confía al Gobierno el señalamiento del régimen de cambios internacionales, con sujeción a las normas generales mediante las cuales el legislador establezca los objetivos y criterios por seguir en este campo (artículo 150, 19-b). Estos dos mandatos constitucionales sólo podrán conciliarse, en el entendido de que la atribución gubernamental debe desenvolverse en el marco de las disposiciones de carácter general de la junta directiva del Banco Central dictadas para controlar la cantidad, costo y disponibilidad del dinero y del crédito. Tales disposiciones abarcan materias como el manejo de la tasa de cambio, el funcionamiento del mercado cambiario, los plazos, intereses, finalidad y demás condiciones del endeudamiento externo y el régimen general de operaciones de cambio internacional y de obligaciones en moneda extranjera".[2]

Como desarrollo de las normas constitucionales atinentes al ejercicio de las funciones atribuidas a la Junta Directiva del Banco de la República, el Congreso expidió

---

[2] LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y otros. Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. Editorial Carrera 7a. 1992, pág. 612.

la Ley 31 de 1992, en la que se explicita el carácter de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia de dicha Junta y se determina que las funciones constitucionales y legales sobre las referidas materias serán cumplidas mediante disposiciones de carácter general (Art. 4o.).

El capítulo V de la Ley 31 de 1992 se ocupa en especificar y señalar los criterios que la Junta Directiva del Banco debe tener en cuenta para la adopción de las medidas que en el referido carácter deba expedir, advirtiéndose que tales atribuciones deben ser ejercidas en coordinación con la política económica del Estado.

De esta manera, la Junta Directiva del Banco de la República cuenta también, con la correspondiente habilitación legislativa para el ejercicio de las importantes funciones que a ella le confirió la Constitución.

A idéntica conclusión, acerca de la naturaleza de la función que corresponde cumplir en materia de cambios internacionales a la Junta Directiva del Banco de la República, llega el profesor Hugo Palacios Mejía cuando expone que:

> "Dichas materias hacen parte de aquellas respecto de las cuales el Gobierno tiene una responsabilidad constitucional expresa, de acuerdo con la enumeración del numeral 19 del artículo 150, literal b). Pero, al mismo tiempo, los artículos 371 y 372 atribuyen a la Junta del Banco de la República la facultad de regularlas. Por lo tanto, en principio, parecería que el Gobierno, y el Presidente, tienen una función reglamentaria compartida con la Junta".
>
> "Pero suponer que la facultad reglamentaria en materias cambiarias puede resultar compartida entre la Junta del Banco de la República y el Gobierno sería una aberración constitucional; el artículo 113 dice que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, y si no lo dijera habría que entenderlo así, pues ello es indispensable para que la Administración Pública opere correctamente".
>
> "Para reconciliar, entonces, la facultad de regulación en materia cambiaria que tiene la Junta del Banco de la República, en virtud de los artículos 371 y 372, con la facultad que el Congreso puede dar al Gobierno en materia de cambios internacionales, es preciso concordar los artículos citados con el artículo 189, numeral 25 (facultades del Presidente), y con el artículo 150 numeral 19, literal b) (facultades del Congreso)".
>
> "Obsérvese que el artículo 189, numeral 25, no incluye entre las facultades del Presidente ninguna facultad de **regulación** o de **señalamiento** en materia de cambios internacionales. Por el contrario, esa norma sí da al Presidente facultades en todos los demás asuntos a los que se refiere el numeral 19 del artículo 150. Parece que no corresponde, entonces, al Presidente, ninguna

función directa en asuntos cambiarios. La exclusión tiene que producir consecuencias".

"En el numeral 19, literal b, del artículo 150 de la Constitución Política, la Constitución distingue, además, entre regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional. Tal distinción, también, debe producir consecuencias".[3]

En similar sentido, la Corte Constitucional, al fallar demanda contra la Ley 9a. de 1991, se pronunció dejando claramente definida la naturaleza y el alcance de las funciones de la Junta Directiva del Banco de la República en frente de las leyes marco relacionadas con los cambios internacionales. Sostuvo a este respecto la Corte:

"... la disposición constitucional mencionada (art. 150 núm. 19 lit. b.), encuentra concordancia con las restantes prescripciones de la Carta Política de 1991 que regulan las competencias de la Junta Directiva del Banco de la República, pues en el citado artículo se advierte que aquella debe ejercerse con sujeción a los criterios, propósitos y funciones contenidos en la norma legal de carácter general llamada por la doctrina 'Ley Marco' cuya expedición es autorizada por la Constitución, y en concordancia con las funciones constitucionales de la Junta Directiva del Banco (art. 371 y 372)".

"(...)".

"Respecto de los principales cambios ordenados en nuestro sistema jurídico, se tiene que en estas materias el Constituyente de 1991 introdujo una de las más destacadas modificaciones en la estructura del ordenamiento nacional, al incorporar, al lado de la noción de Ramas del Poder Público, la de la existencia de órganos autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado y, dentro de éstos, creó directamente a la Junta Directiva del Banco de la República, comprendida y regulada principalmente dentro del capítulo dedicado a la Banca Central, y de modo complemenario en otras disposiciones de la Constitución".

"Obsérvese de modo especial, que la Carta le entrega al Banco de la República las funciones de la Banca Central, lo cual, en principio, significa la incorporación de un marco técnico, conceptual y doctrinario de grandes dimensiones, y abre las puertas para la incorporación ponderada y racionalmente evaluada de algunos elementos normativos, propios de las contemporáneas expresiones de este tema, que en el derecho público y en el derecho económico alcanza grandes dimensiones, principalmente en el marco de las naciones que forman parte de la

---

[3] PALACIOS MEJIA, Hugo. Ob. cit. Pág. 52.

Comunidad Económica Europea y, aun, de Inglaterra y los Estados Unidos y del concierto de naciones latinoamericanas".

"Las disposiciones que se refieren a esta materia se encuentran principalmente en los artículos 150 numerales 19 literal b) y 22, 371 y 372 de la Constitución Nacional, y en ellas se destaca que el Banco está sometido a un régimen constitucional y legal propio que le reconoce autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y la competencia para regular, entre otras, **la materia de los cambios internacionales y que lo califica, también, como autoridad cambiaria"** (se destaca).

"Obviamente, las competencias de la Junta Directiva del Banco se encuentran sometidas, tanto al marco general de la Constitución, como al conjunto de regulaciones legales que debe expedir específicamente el Congreso con miras a regular las funciones que ésta puede desempeñar dentro de su régimen propio (Cfr. Ley 31 de diciembre 27 de 1992); además, **la Junta está sometida,** por principio de coordinación y en cuanto a la función de regular los cambios internacionales, **a lo dispuesto por la ley que establece el marco de las normas generales que señalan los objetivos y los criterios propios de esta especial categoría de ley"** (se destaca).

"Así las cosas, en todo caso el ejercicio de esta función constitucional de la Junta Directiva del Banco de la República, está sometido a unos principios específicos de rango constitucional que condicionan, por su parte, y por el aspecto material, la validez jurídica de la ley que organiza el régimen del Banco".[4]

Como consecuencia de todo lo anterior, no cabe duda, para la Sala que la Ley 9a. de 1991, conocida como la Ley Marco de Cambios Internacionales, y que fue dictada con anterioridad a la expedición de la Carta de 1991, ha sufrido la modificación constitucional en el sentido de que ella no debe ser desarrollada, como las demás leyes marco, por el Presidente de la República, sino por la Junta Directiva del Banco de la República.

De otra parte, ya el Congreso, al expedir la Ley 31 de 1992 adoptó tal interpretación al disponer en su artículo 4o. "que la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, y como tal, cumplirá las funciones previstas en la Constitución y en esta Ley, mediante disposiciones de carácter general" y al precisar en el artículo 16, en el que se determinan las atribuciones de la referida Junta como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, que a ella corresponde, "ejercer las funciones de regulación cambiaria previstas en el parágrafo 1o. del artículo 3o. y

---

[4] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-455-93. Expediente No. D-266. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Actora, María Lugari Castrillón.

en los artículos 5o. a 13o., 16o., 22o., 27o., 28o. y 31o. de la Ley 9a. de 1991", las que anteriormente, competían al Gobierno Nacional, como ya se ha explicado.

2.– Leyes Marco sobre cambios internacionales y reglamentación de las mismas.

La naturaleza, características, alcances y nivel jerárquico de las Leyes Marco, como de los decretos que las desarrollan o reglamentan, han sido suficientemente precisadas por la jurisprudencia y la doctrina y por ello, en esta oportunidad, la Sala solamente hará referencia, al hecho de que, si el texto de la norma marco que se reglamenta, contiene un principio de carácter general en materia de cambios, la regulación que el Presidente expidiera mediante decreto, determinando las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de esta actividad, tiene o asume la misma posición y valor de la ley. Para el caso, sería como si los requisitos y condiciones para desempeñar la actividad de la intermediación en cambios, hubieran sido establecidos por el propio legislador.

No obstante, la capacidad "legislativa" y el poder derogatorio de leyes preexistentes que puedan tener los decretos que desarrollan las leyes marco, no son plenos o completos, como los del Congreso, sino condicionados, tanto por el marco jurídico de principios generales trazado por la correspondiente ley, como por las reglas que, dentro del proceso de interpretación sistemática de la institución de las leyes marco han sido deducidas por la jurisprudencia y la doctrina. El Consejero que actúa como Ponente identificó así algunas de esas reglas:

> "3) Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos tienen la virtualidad de derogar, modificar o sustituir normas preexistentes que tengan fuerza de ley, siempre y cuando ellas se refieran a materias que son objeto de tratamiento legal mediante el sistema de leyes marco; por vía de ejemplo tenemos que un decreto sobre comercio exterior, expedido en desarrollo de la ley marco de comercio exterior podría derogar leyes comunes que se hubieran expedido con anterioridad sobre esta misma materia.
>
> "4) Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley que se refieren a materias que no son objeto de regulación por el sistema de leyes marco. A título de ejemplo podemos citar el caso improcedente jurídicamente de que mediante un decreto dictado en virtud de la ley marco de aduanas (por medio del cual se pueden modificar las tarifas del impuesto de aduanas) se pretenda derogar normas que regulan los impuestos de timbre nacional.
>
> "5) Las disposiciones con fuerza de ley contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley contenidas en

reglamentos legislativos que se refieran a materias distintas a las reguladas por la ley marco en que tienen su origen.

"Así por ejemplo, un reglamento legislativo sobre comercio exterior no puede afectar las normas del mismo carácter contenidas en un reglamento legislativo que regule materias aduaneras o referentes al crédito público".[5]

Ocurre, sin embargo, que de acuerdo a lo anteriormente expuesto, por voluntad del Constituyente de 1991 y del legislador de 1992 (ley 31), ya no es el Presidente de la República el llamado a expedir las normas que desarrollen los principios de la ley marco en materia de cambios internacionales, sino, como ya se dejó sentado, es la Junta Directiva del Banco de la República, el órgano o autoridad competente para ello.

Como colocario de lo expuesto, no cabe duda de que en la actualidad, la única autoridad competente para darle desarrollo a la norma general contenida en el artículo 8 de la Ley 9a. de 1991, es la referida Junta y sus determinaciones en este campo y en los demás atinentes al tema cambiario, ocupan el mismo lugar y tienen el mismo valor que los que les correspondía a los decretos que en vida de la Constitución de 1886, podía dictar el Presidente de la República con fundamento en el numeral 22 del artículo 120.

3.– La potestad de regulación cambiaria con respecto a las casas de cambio.

Las anteriores transformaciones de orden constitucional y legislativo, dan lugar, naturalmente, a que se produzcan cambios y modificaciones en las competencias y facultades de los organismos afectados por ellas. Estima la Sala que uno de esos cambios es el que hace relación con la aplicación de las normas que contiene la Ley 9a. de 1991 para efectos de permitir la regulación gubernamental (intervención) de las Casas de Cambio.

Dos son tales disposiciones: de un lado, el artículo 5o. y de otro, el 8o., cuyos textos se copian en orden:

"Artículo 5o. Regulaciones de las operaciones de cambio. Las operaciones de cambio podrán regularse por el Gobierno Nacional. Para este efecto, únicamente podrá establecer controles o actuaciones administrativas con el objeto de verificar la naturaleza de la transacción y el cumplimiento de las regulaciones correspondientes".

---

[5] CHAHIN LIZCANO, Guillermo. Comercio Exterior. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1987, págs. 84 y 85.

"Artículo 8o. Intermediarios del mercado cambiario. El Gobierno Nacional determinará los intermediarios del mercado cambiario con base en cualquiera de los siguientes criterios:

"a) Que se trate de instituciones financieras;

"b) Que se trate de entidades cuyo objeto exclusivo consista en realizar operaciones de cambio.

"El Gobierno Nacional establecerá los requisitos y condiciones de las operaciones de cambio que podrán realizar los diferentes tipos de intermediarios del mercado cambiario, así como los requisitos que deberán cumplir los intermediarios para operar en el mercado...".

No cabe duda a la Sala de que en aplicación de los criterios antes expuestos, el organismo estatal competente para, en cumplimiento de los principios contenidos en la ley marco de cambios internacionales, darle desarrollo, mediante disposiciones de carácter general, a las diferentes instituciones, actividades y procedimientos que, atinentes a la materia cambiaria, haya contemplado la Ley 9a. de 1991, es la Junta Directiva del Banco de la República. Empero, no puede perderse de vista que la primera condición habilitante de dicha competencia, es que la materia a desarrollar mediante la regulación reglamentaria haya sido definida en sus contornos generales en la respectiva ley. La segunda, que toca más con la validez misma de la norma reglamentaria, es la de que ésta no se salga de los parámetros trazados por aquella, ya que hacerlo equivale, necesariamente, a la generación de un conflicto normativo.

Por ello, y admitida en general, la capacidad de la Junta Directiva del Banco de la República para expedir Resoluciones que desarrollen en esta materia específica de las Casas de Cambio, la Ley Marco de Cambos Internacionales, cabe analizar, ahora sí al dictarse la Resolución acusada se tuvieron en cuenta o no los aludidos parámetros, máxime que la defensa de la legalidad de la norma ha hecho descansar sus argumentos y alegaciones en la razón de que los artículos demandados están desarrollando los principios generales contenidos en el artículo 8o. de la ley, referente a la determinación de los intermediarios del mercado cambiario y al señalamiento de los requisitos y condiciones para que puedan operar en dicho mercado.

A este análisis se dedica la Sala en el siguiente acápite.

4.– La Resolución Externa No. 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República y las regulaciones sobre Casas de Cambio.

Ocurre que al analizar el argumento central de la defensa, en el sentido de que los requisitos y condiciones impuestos a la actividad de las Casas de Cambio, en los artículos 88 y 89 de la Resolución 21 de 1993, la Junta Directiva del Banco de la

República no hizo otra cosa que, en desarrollo de sus funciones constitucionales de regulación de la materia cambiaria, aplicar la disposición contenida en el artículo 8o. de la Ley 9a. de 1991, encuentra la Sala que ello no corresponde a la realidad de los hechos, de conformidad con el siguiente análisis:

El artículo 8o. de la Ley 9a. de 1991, que anteriormente se transcribió, faculta al Gobierno Nacional (hoy a la Junta Directiva del Banco de la República) para que se determinen los intermediarios del mercado cambiario y se les señalen los requisitos y condiciones para que, las personas calificadas como tales, puedan participar en dicho mercado. Ello supone, a juicio de la Sala, que la facultad de imponer tales condiciones y requisitos debe estar precedida de la calificación que se haya hecho por parte de la misma Junta de que determinada persona es intermediario del mercado cambiario. En otras palabras, y aplicándolo a las Casas de Cambio, para que se les hubiera podido fijar requisitos y condiciones para operar en el mercado cambiario, en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 8o. de la Ley 9a. de 1991, se las ha debido calificar como intermediarios de ese mercado.

Sucede sin embargo, que tal calificación previa no se da en la Resolución acusada, y en cambio sí, se les imponen condiciones y requisitos a estas personas, como si se tratara de entidades determinadas como intermediarios cambiarios.

Es más, todo conduce a concluir, que la Junta Directiva del Banco de la República expresamente quiso, al proferir el acto acusado, despojar a las Casas de Cambio de la calidad de intermediarios del mercado cambiario que les había atribuido disposición anterior de la misma Junta Directiva, condición ésta, que no les dispensaba la regulación de la Junta Monetaria.

En efecto, observa la Sala que la Resolución 21 de 1993, contiene un capítulo (el XI) en el que se determina quiénes son los intermediarios del mercado cambiario y en donde por ningún lado se mencionan las Casas de Cambio con tal carácter. Dice el artículo 68 lo siguiente:

> "**INTERMEDIARIOS AUTORIZADOS.** Serán intermediarios del mercado cambiario los bancos comerciales, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda, las compañías de financiamiento comercial, la Financiera Energética Nacional –FEN– y el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. –BANCOLDEX–".
>
> "No obstante, las corporaciones de ahorro y vivienda y las compañías de financiamiento comercial sólo podrán realizar la totalidad de las operaciones autorizadas a los intermediarios del mercado cambiario cuando su monto mínimo de capital pagado y reserva legal alcance el monto mínimo que deba acreditarse para la constitución de una corporación financiera. En caso contrario, sus

operaciones de cambio estarán limitadas a las que se establecen en el Capítulo II, Título II de esta Resolución".

En igual forma, la comentada Resolución en el capítulo III del título II (disposiciones complementarias), se ocupa en regular lo concerniente a las Casas de Cambio, evitando calificarlas como intermediarios cambiarios.

La intención de negarles a estas personas la calidad de intermediarios del mercado cambiario, no sólo deriva del hecho de no haberlas incluido como tales cuando se ocupó del tema, sino que se hace evidente cuando se observa que en la regulación que anteriormente trataba dicha materia, y que fue derogada expresamente por el artículo 100 de la Resolución 21 de 1993, sí se les atribuía a las Casas de Cambio el referido carácter. El artículo 2.3.2.01 de la Resolución Externa No. 27 de 1992 de la Junta Directiva del Banco de la República, que subrogó las normas referentes a las Casas de Cambio de la Resolucón 57 de 1991 de la Junta Monetaria, contentiva del régimen cambiario, entre las reformas que realizó, incluyó la de considerarlas como intermediarios del mercado cambiario, al decir que:

"**Casas de cambio.** Se entiende por casas de cambio las personas jurídicas organizadas con arreglo a las disposiciones de la presente resolución, que tienen por objeto exclusivo realizar las operaciones de cambio de que tratan los literales a) y b) del artículo 2..3.1.01".

"**Las casas de cambio adquirirán la condición de intermediarios del mercado cambiario a partir de la autorización que les confiera el Superintendente de Cambios para actuar como tales**" (Destaca la Sala).

No puede, pues, la Junta Directiva del Banco de la República apoyarse en el argumento de que estaba facultada por el artículo 8o. de la Ley Marco de Cambios Internacionales para regular, imponiendo requisitos y condiciones, la actividad de las Casas de Cambio, toda vez que ello implicaba que las hubiera calificado e incluido dentro de las personas que pueden actuar como intermediarios del mercado cambiario y como se ha demostrado, la Resolución 21 de 1993, a este respecto, lo que hace es todo lo contrario, pues le quita a dichas personas el calificativo de intermediarios cambiarios, que sólo tuvieron en vigencia de la Resolución 27 de 1992.

Tiene entonces razón el actor, cuando en su demanda y en los alegatos correspondientes plantea la ilegalidad e inconstitucionalidad de las regulaciones que expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República, implican limitaciones al ejercicio de la actividad de las Casas de Cambio por cuanto que tales restricciones se impusieron sin apoyo en lo previsto en la normatividad legal en que dicen tener sustento.

Empero, puede alegarse que la Junta Directiva de Banco de la República igualmente está facultada por el artículo 5o. de la Ley 9a. de 1991, para regular las operaciones de cambio, y ello es cierto. Sin embargo, anota la Sala, que tales regulaciones a voces de la misma norma legal únicamente podrán establecerse bajo la forma de "controles o actuaciones administrativas con el objeto de verificar la naturaleza de la transacción y el cumplimiento de las regulaciones correspondientes". En manera alguna, con fundamento en esta disposición, podría la Junta Directiva llegar a dictar regulaciones como las acusadas, que tienen incidencia incluso en la existencia jurídica de la persona que puede ejercer la operación de cambios.

La parte actora ha considerado en su demanda que determinados apartes de los artículos 88 y 89 de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República vulneran normas de la Constitución en cuanto suponen la auto-atribución de competencias y facultades por parte de la Junta Directiva en relación con la atribución y distribución de funciones administrativas. Tal es el caso de los apartes que se refieren al "previo concepto del Consejo Asesor del Superintendente". También le asiste razón al demandante en sus planteamientos, toda vez que, aceptando como lo acepta la Sala, que la Junta Directiva del Banco de la República es competente para desarrollar la Ley Marco de cambios internacionales, dicha competencia no puede considerarse tan amplia que le permita, en aras de cumplir tal cometido, introducirse en el campo privativo de otras autoridades, pues ello no corresponde ni al contexto de nuestra normatividad constitucional ni, según lo expuesto anteriormente, a la filosofía y alcance de las regulaciones que bajo la forma institucional de las Leyes Marco consagra nuestra Carta Política.

El anterior razonamiento es igualmente idóneo para sustentar la anulación de la exigencia prevista en el numeral 3o. del artículo 89 de la Resolución acusada acerca de que las Casas de Cambio "deberán contar con una revisoría fiscal, la cual será desempeñada independientemente por asociaciones y firmas de contadores que designen las respectivas asambleas generales de accionistas de las Casas de Cambio". No es de recibo admitir que mediante una reglamentación de Ley Marco de Cambios Internacionales, que es la materia aquí tratada, se introduzcan modificaciones a leyes preexistentes no relacionadas con la misma materia y, lo cierto es que al hacerse la exigencia de que los revisores de las Casas de Cambio sólo pueden ser personas morales, se está reformando el Código de Comercio que permite el ejercicio de dicha actividad, en cualesquiera de los campos en que ella pueda realizarse, a toda clase de personas.

En conclusión, los apartes de las normas acusadas deben ser anulados porque contravienen normas constitucionales y legales a las cuales deberían sujetarse, según lo anteriormente comentado.

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:

Son nulos los siguientes apartes de la Resolución Externa No. 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República:

a) En el inciso primero del artículo 88 la expresión **"dicha autorización se otorgará para períodos de tres (3) años, vencidos los cuales deberá renovarse".**

b) En el inciso segundo del artículo 88 la expresión **"previo concepto del Consejo Asesor del Superintendente".**

c) El numeral 1o. del artículo 89, cuyo texto es el siguiente: **"Deberán encontrarse organizadas como sociedades anónimas".**

d) El numeral 2o. del artículo 89, cuyo tesxto es el siguiente: **"Su capital pagado no podrá ser inferior a la suma de trescientos millones de pesos ($300.000.000). Esta cifra se reajustará anualmente desde 1994 en un porcentaje equivalente a la variación del índice de precios al consumidor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE".**

e) En el numeral 3o. del artículo 89, la expresión que dice: **"En cumplimiento de lo previsto en el artículo 203 del Código de Comercio, deberán contar con una revisoría fiscal, la cual será desempeñada independientemente por asociaciones o firmas de contadores que designen las respectivas asambleas generales de accionistas de las Casas de Cambio".**

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, ARCHIVESE EL EXPEDIENTE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la presente providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos* (Salvó el Voto), *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

CASAS DE CAMBIO/INTERMEDIARIO CAMBIARIO/JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA–(Salvamento de Voto)

Mi salvamento de voto se refiere, únicamente al Acápite 4 de las consideraciones de la providencia, relativo a establecer si la resolución acusada tuvo en cuenta o no, los parámetros establecidos en la ley se fundamenta la decisión anulatoria de la mayoría, por considerar que la Junta Directiva del Banco de la República no podía establecer los requisitos previstos en la resolución acusada, sin antes calificar a las casas de cambio como intermediarios cambiarios. A mi juicio, la Junta Directiva del Banco de la República, sí podía en su carácter de autoridad cambiaria reconocida por el nuevo ordenamiento constitucional, regular lo relativo a los requisitos que deben cumplir las casas de cambio. La limitación que establece la Sala al afirmar que sólo lo podría hacer si previamente las hubiera calificado como intermediarios financieros no surge del texto de la Ley 9a. de 1991.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Salvamento de Voto de la *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5185. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte. Providencia de mayo 20 de 1994. Consejero Ponente *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

El fallo que antecede contiene un cuidadoso y profundo análisis de la libertad económica y de las funciones constitucionales de la Junta Directiva del Banco de la República, y precisa los cambios que al respecto introdujo la Constitución Nacional de 1991, al atribuirle a dicha Junta el carácter de autoridad en materia monetaria, cambiaria y crediticia.

Se refiere además a las nuevas autoridades que de acuerdo con la Constitución tienen competencias de carácter reglamentario, tales como el Consejo Superior de la

Judicatura y la Junta Directiva del Banco de la República y respecto de ésta última precisa cómo la citada reforma constitucional le atribuyó la facultad de desarrollar las leyes marco que el Congreso dicte en materia de cambios internacionales, función que antes correspondía al Presidente de la República y la cual fue prevista expresamente a nivel legal por la ley 31 de 1992.

Frente a lo anteriormente planteado, precisa que la ley marco en materia cambiaria, la ley 9 de 1991, expedida con anterioridad a la reforma constitucional, debe entonces ser desarrollada no por el Presidente de la República, sino por la Junta Directiva del Banco de la República mediante decisiones que tienen la misma jerarquía normativa que les correspondía a los decretos que durante la vigencia de la Constitución de 1886 podía dictar el Presidente de la República con fundamento en el numeral 22 del artículo 120, sobre la materia.

Dentro de los anteriores criterios puntualiza que la Junta Directiva del Banco de la República tendrá que desarrollar la ley marco de cambios internacionales, mediante disposiciones de carácter general y sin salirse de los parámetros por ella misma trazados al regular la materia.

Todo lo mencionado, constituye a mi juicio un importante aporte jurisprudencial al desarrollo de la Nueva Constitución, en materias económicas, que yo comparto.

Mi salvamento de voto se refiere, únicamente, al Acápite 4 de las Consideraciones de la providencia, relativo a establecer si la resolución acusada tuvo en cuenta o no, los parámetros establecidos en la ley marco y en el cual se fundamenta la decisión anulatoria de la mayoría, por considerar que la Junta Directiva del Banco de la República no podía establecer los requisitos previstos en la resolución acusada, sin antes calificar a las casas de cambio como intermediarios cambiarios.

A mi juicio, la Junta Directiva del Banco de la República, sí podía en su carácter de autoridad cambiaria reconocida por el nuevo ordenamiento constitucional, regular lo relativo a los requisitos que deben cumplir las casas de cambio.

La limitación que establece la Sala al afirmar que sólo lo podría hacer si previamente las hubiera calificado como intermediarios financieros no surge del texto de la ley 9 de 1991.

Por el contrario, dicha norma en su artículo 8 dispone:

"ARTICULO 8o.–Intermediarios del mercado cambiario. El Gobierno Nacional determinará los intermediarios del mercado cambiario con base en cualquiera de los siguientes criterios:

"a) Que se trate de instituciones financieras.

"b) Que se trate de entidades cuyo objeto exclusivo consista en realizar operaciones de cambio.

"El Gobierno Nacional establecerá los requisitos y condiciones de las operaciones de cambio que podrán realizar los diferentes tipos de intermediarios del mercado cambiario, así como los requisitos que deberán cumplir los intermediarios para operar en el mercado.

"Los intermediarios de mercado cambiario tendrán el deber de colaborar activamente con las autoridades del régimen cambiario y de comercio exterior".

Según la norma transcrita, tal como están definidas las citadas casas de cambio, en el artículo 87 de la misma Resolución 21 de 1993 como "las personas jurídicas organizadas con arreglo a las disposiciones de la presente resolución, **cuyo objeto social exclusivo es el de realizar las operaciones de cambio que en ella se autorizan"** (Se destaca), encajan dentro de dicho concepto y por lo tanto bien pueden ser objeto de reglamentación, en cuanto a requisitos, por la Junta Directiva del Banco de la República.

Dicha competencia fue precisada en el mismo artículo 8o. de la Ley 9a. de 1991, ya transcrito al disponer que el Gobierno Nacional, hoy la Junta Directiva del Banco de la República establecerá los requisitos que deberán cumplir los intermediarios para operar en el mercado.

Si las casas de cambio tienen tal carácter, los requisitos para su operación sí podían ser fijados por la Resolución impugnada.

El hecho de que, las casas de cambio, antes, hubieran sido definidas **expresamente** como intermediarios cambiarios y en la nueva reglamentación no se incluyeran, ya que la misma resolución demandada en su artículo 68 no las enumera, no implica que las competencias de autoridad cambiaria, propias de la Junta Directiva del Banco de la República resulten limitadas en ese sentido pues bien puede dicha Junta, en cualquier mómento, en ejercicio de las facultades que le son propias en los términos precisados en la primera parte del fallo, y de conformidad con lo dispuesto por el mismo artículo 8 de la ley 9 de 1991, darles ese calificativo.

Por lo expuesto, considero que las normas demandadas no han debido anularse.

Con todo respeto,

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha *ut supra.*

MEDIOS PROBATORIOS/PROCESO DE DETERMINACION DE IMPUESTOS/CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL/INFORME TECNICO

De la Ley 52 de 1977, el Decreto 3803 de 1982 y la Ley 9a. de 1983, normas de las cuales no se infiere la obligatoriedad de aplicar en materia de determinación del tributo, etapa puramente administrativa, las ritualidades que para los procesos civiles ante la justicia ordinaria consagra el Código de Procedimiento Civil. Así es que el art. 32 de la Ley 52 de 1977 permite a la Administración fundar sus decisiones en lo establecido en el respectivo expediente por los diferentes medios probatorios consagrados, en primer término, en las leyes tributarias y en segundo lugar, en el Código de Procedimiento Civil, pero ello no implica que en la etapa administrativa, deban aplicarse los trámites y procedimientos previstos en el citado Código para los procesos tendientes a dirimir controversias civiles entre particulares. Cuando la Administración va a proferir un acto administrativo puede encontrar elementos de juicio en las pruebas solicitadas por el interesado, como el peritazgo y la inspección ocular, pero sin que ello limite el que la Administración pueda también tener en cuenta otros elementos de juicio, tales como los informes técnicos a que se refería el mismo C. de P. C. vigente para entonces en su art. 243, cuando se regulaban los informes técnicos de entidades oficiales.

COMPETENCIA FUNCIONAL/FACULTAD DE FISCALIZACION/ACTUACION POR DELEGACION/ACTUACION POR COMISION

El art. 144 del Decreto 2503 de 1987 claramente autoriza la delegación de competencias a funcionarios del nivel profesional de la Administración, no hace diferencia según su categoría dentro de la institución y es posible que funcionarios de mayor rango de la misma entidad

administrativa, le puedan ser encomendadas comisiones para la realización de actividades propias a la Administración, que por alguna circunstancia exijan su presencia. Si de acuerdo con la ley se da un alternativa para la intervención, de funcionarios del nivel profesional en los procesos de fiscalización, de determinación y de discusión del impuesto, por delegación o por comisión, permitiendo que un funcionario realice actividades propias de otro, atendiendo a las normas generales que permiten tales figuras jurídicas, no resulta válida la afirmación que hace el demandante en el sentido de que según los arts. 145 y 146 del Decreto 2503 de 1987, sólo los Jefes de las respectivas unidades pueden adelantar los procedimientos de fiscalización, pues en tal caso sobraría la previsión legal contenida en el artículo 144.

CERTIFICADO BIMESTRAL DEL IVA/DECLARACION ANUAL DEL IVA/SANCION POR INEXACTITUD/LIQUIDACION DE REVISION/ PRINCIPIO DEL *NON BIS IN DEM*

Si el error o la desfiguración de datos no se corregía con la declaración tributaria, necesariamente implicaba que existía inconsistencia en el certificado bimestral y en la declaración tributaria. Es decir, un mismo hecho irregular, por voluntad de la ley, podía originar una inexactitud del certificado bimestral de pago y otro de inexactitud en la declaración tributaria del impuesto sobre las ventas, si allí el error no se corregía. Obviamente si el error persistiera en la declaración final, esta a su vez podría ser inexacta, sin perjuicio claro está de la facultad de la administración para establecer correctamente el tributo mediante la liquidación de revisión, pero ya impuesta la sanción en el certificado bimestral no procedía repetirla con oportunidad de la liquidación de revisión.

BIEN GRAVADO/BIEN EXENTO/PONY MALTA–Naturaleza/BEBIDA GASEOSA/TARIFA GENERAL/ACTUACION ADMINISTRATIVA/FALSA MOTIVACION–Inexistencia/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

Si se consideraba que de acuerdo con el Decreto 3541 de 1983 la posición 19.02.00.00 que corresponde a los "Exrtractos de Malta..." productos exentos del IVA que no fueron gravados por el art. 10 de la Ley 80 de 1984, amparaba al producto Pony Malta y alegaba el cambio de posición para hacerse acreedora al beneficio tributario de exención le correspondía adelantar ante la jurisdicción las diligencias pertinentes para demostrar la ubicación de sus productos en esta otra posición desvirtuar así el acto administrativo. Si la Administración basada en el

concepto emitido por el personal técnico especializado en el asunto no encontró fundamento legal que le permitiera admitir el cambio de posición del producto que hizo la contribuyente de la posición 22.02 gravada a una posición exenta 19.02 no incurrió en violación de la ley al calcular el impuesto en la forma ordenada en la norma, gravando a la tarifa del 10 el producto Pony Malta como bebida gaseosa de la posición 22.02. Además el acto administrativo se fundamenta en la nota exclutoria de la posición 19.02 del Arancel que señala expresamente que las bebidas a base de Malta se ubican en el capítulo 22 dependiendo de si son alcohólicas o no, no puede decirse entonces que la administración al ubicar la Pony Malta en la posición 22.01 incurrió en falsa motivación.

ACTO ADMINISTRATIVO/PRESUNCION DE LEGALIDAD/POSICION ARANCELARIA–Fijación/PONY MALTA/BIEN EXENTO/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

Si existen organismos a quienes compete manejar el arancel e identificar los productos que corresponden a cada una de las posiciones adoptadas por el Decreto 3541 de 1983 con base en tal arancel, los actos administrativos mediante los cuales se identifica la posición dentro del mismo presume válidos y acertados y deben aplicarse mientras no se desvirtúe la presunción de legalidad que los ampara, más aún cuando, tales actos no hacen más que confirmar la posición arancelaria que hasta antes de los bimestres cuestionados venía dando la misma actora. Además, no se encuentra prueba alguna de que la actora haya adelantado algún trámite ante la Dirección General de Aduanas, ni el Consejo de Política Aduanera para lograr el cambio o aclarar la posición del producto Pony Malta, ni que éste efectivamente haya variado de posición, ni que haya desvirtuado la presunción de legalidad que ampara tal clasificación en virtud de lo dispuesto por el art. 64 del C.C.A.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5234. Actor: Bavaria S.A. Nit: 60005224. Apelación de la sentencia del 15 de octubre de 1993 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho carácter fiscal. Impuestos Ventas I y II Bimestres de 1985. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 15 de octubre 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, instaurado por la sociedad BAVARIA S.A., NIT: 60.005.224, contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto sobre las ventas por el año de 1985 como consecuencia de la revisión de los certificados de pago correspondientes al I y II bimestres del mismo año.

ANTECEDENTES

La actora, dentro de la oportunidad legal, presentó los certificados bimestrales de pago del impuesto sobre las ventas correspondientes al I y II bimestres de 1985, los cuales arrojaron un saldo a favor por $19.959.444 y $23.333.714 respectivamente.

Con fundamento en el acta de visita practicada en cumplimiento de los autos comisorios Nos.1636 de marzo 26, 1688 de junio 25 y 1702 de julio 2 de 1985 y en la respuesta al pliego de cargos del 23 de diciembre de 1985 y 19 de febrero de 1986, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá practicó la liquidación de revisión No. 100013, la cual fue notificada el 26 de enero de 1988.

En dicha liquidación se adicionaron a la base gravable, las ventas de Pony Malta declaradas como exentas en los bimestres I y II de 1985, determinando oficialmente un mayor valor de $64.297.554 por concepto de impuesto y sanciones.

Interpuesto el recurso de reconsideración contra la decisión oficial, éste fue resuelto por la Administración, mediante la Resolución No. 000372 P de 5 de enero de 1989, que confirmó la liquidación de revisión y fue notificada, personalmente al apoderado de la sociedad, el 25 de enero de 1989.

LA DEMANDA

Ante la jurisdicción, el apoderado de la sociedad, reclamó la nulidad de los actos administrativos acusados y como restablecimiento del derecho, pidió que se declare que BAVARIA S.A. está exenta de la obligación impositiva que en ellos se determinó.

Alegó que al practicar la liquidación de revisión la Administración violó los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional; 48, 62, 86 y 146 del Decreto 1651 de 1961; 27 del Decreto 2821 de 1974; 31, 32 y 57 de la Ley 52 de 1977; 21 del Decreto 0825 de 1978; 51, 54, 77, 80, 81, 139, 145 y 147 del Decreto 2503 de 1987 y 233, 236 y 238 del Código de Procedimiento Civil.

Argumenta, en síntesis que, el citado acto administrativo debe anularse porque incurrió en falsa motivación, ya que si bien era cierto el argumento expuesto en la liquidación de revisión acerca de haberse practicado una inspección ocular con la

intervención de peritos que rindieron su concepto, los auxiliares de la justicia no fueron debidamente posesionados y en tal evento el concepto correspondiente no podía tener carácter de experticio válido. Además alega que los peritos incurrieron en error grave en su dictamen y la objeción formulada oportunamente no fue atendida por la Administración, con desconocimiento de normas procedimentales, lo cual se reiteró posteriormente cuando la contribuyente, en ejercicio del derecho de petición, se dirigió a la Dirección General de Impuestos a fin de evitar un proceso injusto, pero en vez de lograr tal cometido obtuvo un efecto contrario, cual fue la práctica de una liquidación de revisión con base en un concepto carente de firmeza, sin haberse dado atención a la objeción, y estando pendiente la ampliación al dictamen pedida por el Comité de Coordinación.

Calificó de falaz el argumento expuesto acerca de la clasificación arancelaria que hizo la Dirección de Aduanas de la Pony Malta, a petición de la Dirección de Impuestos en la posición 22.02.00.00, comunicada en el oficio 2248 de octubre 30 de 1987, porque éste no fue suscrito propiamente por el Consejo de Politica Aduanera, ni por un funcionario suyo que lo comprometiera, sino por el Jefe de la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas, quien ni siquiera tiene asiento en dicho Consejo, constituyendo este oficio solo una opinión más, subjetiva y unilateral, carente de toda fuerza vinculante e inoponible al contribuyente.

Alegó también la falta de competencia funcional de los funcionarios que intervinieron en la revisión, porque el artículo 146 del Decreto 2053 de 1987, que estaba vigente cuando se practicó la liquidación solo radica tal competencia en el Jefe de la División de Liquidación, y al no haber sido firmada la liquidación, por éste ni por el Jefe de la Unidad de Ventas de la División, resulta inexistente.

Consideró estrafalaria la delegación "hacia arriba" que se dio al doctor Fernando Zarama, para negarle efecto jurídico a su intervención en la diligencia de inspección.

Calificó de irrisoria la Resolución A 000372 P, que resolvió el recurso de reconsideración, no solo por las consideraciones en ellas contenidas acerca de la composición del producto Pony Malta y su clasificación en la posición arancelaria 22.02.00, olvidando que éste es un preparado a base de Malta, dedicado principalmente a la alimentación no solo de niños sino también de adolescentes, deportistas, mayores y ancianos, que encaja necesariamente en la posición 19.02, sino por haber sido inconsistente en el análisis de las nulidades.

Argumentó que las normas sobre represión de una evasión de impuestos se enmarcan dentro de la normatividad penal administrativa para concluir que al practicar la liquidación de revisión se violó el principio de *"non bis in idem"*, al perseguirse un mismo hecho para configurar inexactitud en el certificado bimestral de pago (art. 55 del Decreto 3541 de 1983), y con base en el mismo practicar la liquidación de revisión.

Por último precisó que la liquidación de revisión se practicó en forma extemporánea cuando el término previsto en el Decreto 2503 de 1987 había precluido, configurando las anteriores irregularidades procesales la violación de los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 15 de octubre de 1993, denegó las súplicas de la demanda, con base en lo siguiente:

No hubo falsa motivación de la liquidación de revisión porque la liquidación acusada estaba bien fundamentada, era consecuente con los hechos y se hallaba sustentada en un medio probatorio amparado con la presunción de legalidad (oficio 2248 de 1987), documento que si bien era cierto no podía considerarse como el resultado de un dictamen pericial propiamente dicho, sí constituía un concepto válido y en cierta forma obligatorio para la Administración, en primer lugar por emanar de un funcionario público y en segundo lugar por estar debidamente fundamentado.

No analizó de fondo el cargo de falta de competencia funcional de quien suscribió la liquidación, porque tal hecho no fue planteado en la vía gubernativa.

No aceptó el cargo de irrisorio del análisis que hizo el acto administrativo para considerar que la Pony Malta se ubica en la posición arancelaria 22.00.00 y no en la reclamada por la actora 19.02, porque tal producto si bien contiene extracto de Malta, no está preparado exclusivamente para la alimentación infantil o para usos dietéticos o culinarios, semejándose a las limonadas, gaseosas, aromatizados y otras bebidas no alcohólicas, de conformidad con el concepto emitido por el Subdirector Técnico de la Dirección General de Aduanas.

Tampoco aceptó el cargo de nulidad del acto administrativo por improcedencia de la delegación hacia arriba, porque el encargo que se hizo al doctor Fernando Zarama, constituye una comisión para intervenir en la práctica de una inspección ocular, con intervención de peritos, que resulta perfectamente válida así el comisionado sea de mayor jerarquía.

Eran improcedentes los cargos de nulidad planteados por este motivo por cuanto en esta materia, solo hay nulidad en los casos expresamente consignados en la ley, y además, no eran aplicables los artículos 86 y 87 del Decreto 1651 de 1961, invocados por la actora, por cuanto estos se refieren exclusivamente al impuesto sobre la renta.

No se violó el principio de *non bis in idem*, porque la Administración no impuso doble sanción por un mismo hecho, ni tampoco se presentó doble juzgamiento por el mismo hecho, sólo que la investigación tributaria, por inexactitud en el certificado bimestral, tuvo como finalidad establecer el impuesto de la contribuyente.

No le dio prosperidad al cargo de violación de los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional, porque los funcionarios de la Administración siempre actuaron dentro de los parámetros de la ley y la Constitución Nacional, limitándose a establecer la carga impositiva del contribuyente.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad demandante interpuso el recurso de apelación contra la anterior providencia y solicitó su revocatoria, reiterando, en primer lugar, el cargo de falsa motivación, ya que a su juicio las actuaciones administrativas acusadas, no son consecuentes con los hechos, ni hallan sustento en un medio probatorio amparado con presunción de legalidad, sino que por el contrario se fundan en un dictamen pericial, que no estaba en firme, ni se había practicado como lo ordenaba el Decreto 1651 de 1961 y el Código de Procedimiento Civil.

Insistió en la falta de competencia de los funcionarios que practicaron la liquidación de revisión, la delegación indebida, la inconsistencia en el análisis de las nulidades y la violación del principio del *non bis in idem.*

Acusó a la sentencia de violar el derecho de defensa al no avocar el estudio de la falta de competencia del funcionario, y de incurrir en violación de los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional por este mismo motivo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la demandada al alegar de conclusión se opuso a la prosperidad del recurso, luego del recuento de los hechos y de la actuación procesal, con planteamientos similares a los expuestos en el proceso gubernatívo y en la primera instancia, para pedir la confirmación de la sentencia.

El apoderado de la actora al alegar de conclusión, reitera los argumentos formulados al apelar y pide la nulidad del acto acusado por falsa motivación, la que hace radicar en la ubicación del producto Pony Malta por parte de la Administración, en la posición 22.02.00.00 del Arancel de Aduanas entonces vigente, con fundamento, en el valor probatorio dado a diligencias y documentos que carecían de fuerza probatoria (dictamen y oficio de Aduanas 2248 de 1987); desconociendo así el proveído del artículo 32 de la Ley 52 de 1977.

Luego de hacer las consideraciones pertinentes sobre la correcta clasificación del producto Pony Malta en la posición 19.02 y no en ninguna otra, dada su calidad de producto alimenticio a base de extracto de Malta, exento del IVA, expone que las opiniones de los funcionarios de Aduanas Nacionales si bien tienen la transcendencia que les otorgan los Decretos 75 de 1976 y 895 de 1980, para efectos arancelarios, no son determinantes para efectos relativos al impuesto a las ventas.

Invoca la presunción de veracidad de la declaración presentada y pide, con fundamento en el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo, sea concedida una audiencia pública y con base en el artículo 169 *ibídem*, una peritación con el fin de dilucidar puntos de derecho y de demostrar si el producto Pony Malta, cumple o no los presupuestos tipificados por el numeral 19.02 del artículo 62 del Decreto 3541 de 1983.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, solicita se confirme la sentencia, por cuanto el punto materia de la controversia y de la apelación expuesto por la actora, consistente en la clasificación arancelaria del producto Pony Malta, está perfectamente precisado en el proceso. Señala como, fue la propia contribuyente la que, en sus denuncios tributarios anteriores a 1985, estimó que el mencionado producto estaba incluido dentro de los bienes de la posición 22.02.00.00, enumerados en el artículo 10 de la Ley 50 de 1984, que derogó la exención rentística (sic) de que era objeto y solo a partir del denuncio tributario correspondiente a los dos primeros bimestres de 1985 en que la Administración procede a establecer si el contribuyente ha cumplido o no con las cargas tributarias, como era su deber, y en tal virtud inicia la actuación administrativa tendiente a fijar y obtener el recaudo del tributo permitiendo al contribuyente participar en el procedimiento preestablecido en la ley.

Dicho procedimiento fue observaclo por la Administración con la participación de la sociedad contribuyente, y dándole a la objeción presentada el trámite respect:ivo de acuerdo con el artículo 87 del Decreto 1651 de 1961.

Precisa que el posicionamiento arancelario se establece previa y técnicamente por las autoridades correspondientes en la materia y no por las consideraciones de quien se vea favorecido o desfavorecido en un momento determinado, con una disposición legal, siendo inadmisible un debate al respecto, pues la claridad la dan las posiciones arancelarias asignadas a cada producto.

Concluye que los actos acusados se ajustaron a la ritualidad que debían cumplir, pues se dio participación al contribuyente, y se produjeron con base en las pruebas allegadas. Y que si se pretende que se deje sin electo la actuación expedida por la Administración debe ser ésta claramente contraria a la ley, sin que pueda alegarse incumplimiento de las ritualidades del procedimiento de acuerdo a la conveniencia del momento y por razones no contempladas como causal de nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar se advierte que de acuerdo con el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, la prueba de oficio como su nombre lo indica, se da cuando, a juicio del juez, sea necesaria para el esclarecimiento de la verdad porque existan

puntos dudosos u oscuros de la controversia, lo que no se da a juicio de la Sala en el caso de autos y por lo tanto no se decretará la peritación solicitada por la parte actora.

En el escrito presentado al alegar de conclusión el apoderado de la actora, con fundamento en el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo, también solicita se decrete una audiencia pública con el fin de dilucidar "algunos puntos del derecho" que ampara a su representada. Al respecto considera la Sala que dicha diligencia no se requiere, para dilucidar la controversia sometida a su consideración.

Por las razones anteriores no se ordenarán las diligencias probatorias especiales solicitadas por la parte actora en su alegato de conclusión.

Teniendo en cuenta el análisis de los diferentes cargos planteados por la apelante y por la parte demandada así como de lo conceptuado por la Señora Procuradora Delegada, la Sala procede a resolver la controversia planteada en los siguientes términos:

1. Falsa Motivación

El apoderado de la actora al exponer el cargo insiste en que los hechos y las consideraciones de derecho de la demanda, están debidamente sustentados en el acervo probatorio recogido en el expediente, y en que según lo probado, los actos administrativos fueron expedidos con falsa motivación.

Esto significa, a su juicio:

> "Que las actuaciones administrativas acusadas no están bien fundamentadas, no son consecuentes con los hechos ni hallan como lo cree el Tribunal, sustento en un medio probatorio amparado por la presunción de legalidad".
>
> "Por el contrario se fundan en considerar como probados hechos que no lo estaban, asignándole mérito probatorio a un dictamen pericial que no se encontraba en firme, ni había sido practicado de conformidad con las reglas pertinentes del Decreto 1651 de 1961 y del Código de Procedimiento Civil, que sí son aplicables al caso, y a un concepto expedido por un funcionario distinto del órgano a quien se le había solicitado, carente de toda fundamentación y que de ninguna manera puede gozar de la presunción de legalidad de los actos administrativos, por no habérselo sometido a las garantías de publicidad y contradicción, y hacer parte de un trámite irregular adelantado...".

El cargo lleva a la Sala a hacer precisiones sobre la obligatoriedad de observar en el dictamen pericial las normas de procedimiento que para el efecto establecían el Decreto 1651 de 1961 y el Código de Procedimiento Civil, si el dictamen reúne o no los

requisitos de tal prueba y si podía la Administración fundamentar el acto administrativo en pruebas distintas al dictamen pericial pedido.

Advierte la Sala en primer lugar que para el *sub-lite* no era aplicable el Decreto 1651 de 1961, porque como claramente se advierte en su encabezamiento, en dicho decreto se dictaron normas procedimentales para la aplicación de la Ley 81 de 1960, la cual se refiere exclusivamente al impuesto de renta y complementarios, y fue expedida cuando aún no existía en nuestro régimen tributario el impuesto sobre las ventas, por lo que no puede afirmarse la nulidad del acto administrativo por su no aplicación.

Para el caso *sub-lite* en materia procedimental estaban vigentes la Ley 52 de 1977 especialmente los artículos 30 y 32, el Decreto 3803 de 1982 y la Ley 9a. de 1983, normas de las cuales no se infiere la obligatoriedad de aplicar en materia de determinación del tributo, etapa puramente administrativa, las ritualidades que para los procesos civiles ante la justicia ordinaria consagra el Código de Procedimiento Civil.

El artículo 32 de la Ley 52 de 1977 exige que:

> "La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el código de procedimiento civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos.
>
> "Su idoneidad depende, en primer término, de las exigencias que para establecer determinados hechos, preceptúen las leyes tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrase y a falta de unas y otras, de su mayor o menor conexión, con el hecho que trata de probarse y del valor de convencimiento que pueda atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana critica".

A juicio de la Sala dicha norma permite a la Administración fundar sus decisiones en lo establecido en el respectivo expediente por los diferentes medios probatorios consagrados, en primer término, en las leyes tributarias y en segundo lugar, en el Código de Procedimiento Civil, pero ello no implica que en la etapa administrativa, deban aplicarse los trámites y procedimientos previstos en el citado Código para los procesos tendientes a dirimir controversias civiles entre particulares.

Cuando la Administración va a proferir un acto administrativo puede encontrar elem[illegible]tos de juicio en las pruebas solicitadas por el interesado, como lo fue, en el caso de [illegible], el peritazgo y la inspección ocular, pero sin que ello limite el que la Admi[illegible]n pueda también tener en cuenta otros elementos de juicio, tales como los [illegible]écnicos a que se refería el mismo Código de Procedimiento Civil vigente para [illegible]n su artículo 243, cuando se regulaban los informes técnicos de entidades

Pero además, la Administración ante la objeción hecha por la parte actora al dictamen pericial, solicitó ampliación del dictamen y concepto a las autoridades aduaneras competentes en el manejo del arancel, con lo cual no sólo no desconoció la objeción propuesta, sino que obtuvo mayores elementos de juicio para su decisión. Es que la Administración, específicamente en materia tributaria, cuenta con amplias facultades de investigación y fiscalización, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 de la misma ley 52 de 1977.

Por otra parte el punto referente a si el concepto técnico que tuvo en cuenta la Administración, es o no un acto administrativo, y si lo es de trámite o definitivo, es una cuestión que no incide en la validez que le puede dar la administración como elemento probatorio dentro de la etapa gubernativa.

Si la inconformidad de la parte interesada con el peritazgo y los conceptos técnicos no fue acogida por la Administración, ese aspecto **sustancial** ha debido ser el objeto fundamental de cuestionamiento y **prueba** en el juicio contencioso.

Además, el proceso de determinación de la obligación tributaria es uno solo, y en el caso del impuesto a las ventas, independientemente de que el legislador para efectos del recaudo hubiera exigido su pago bimestral y que exigiera el certificado bimestral de pago, no implica la existencia de dos procesos, ya que, la actuación está referida a establecer el impuesto a cargo por la respectiva vigencia fiscal.

Por lo anterior tampoco pueden descalificarse las pruebas **por no reunir** los requisitos de pruebas trasladadas.

Menos aún resulta válido fundamentar la falsa motivación en supuestos vacíos procesales del acta de visita por no haberse notificado con anterioridad los autos comisorios mediante los cuales la Administración le discernía a sus funcionarios una comisión para adelantar la visita, porque es innegable que éstos se encargaron de comunicar el auto de comisión al hacerse presentes para practicar la visita en la sede de la empresa.

La Sala, de conformidad con lo establecido en el proceso y lo que consta en el expediente administrativo, no encuentra que la Administración haya incurrido en una falsa motivación de su decisión administrativa, toda vez que se fundamenta en pruebas de carácter técnico que no fueron desvirtuadas en la etapa administrativa.

2. Falta de Competencia

Tampoco encuentra la Sala válido el argumento de falta de competencia funcional de los funcionarios de revisión, referida al empleado que intervino en la práctica de la inspección ocular, por el hecho de no ser funcionario vinculado a las áreas de liquidación y auditoría, considerando que su actuación vició el procedimiento liquidatorio, ya

que las figuras de comisión y delegación de funcionarios tienen también cabida en el campo de la administración tributaria; en efecto dispone el artículo 144 del Decreto 2503 de 1987:

> "Competencia para el ejercicio de las funciones. Sin perjuicio de las competencias establecidas en normas especiales, son competentes para proferir las actuaciones de la administración tributaria, los jefes de las divisiones y dependencias de la misma de acuerdo con la estructura funcional que se establezca, **así como los funcionarios del nivel profesional en quienes se delegue tales funciones.**
>
> "El Administrador de Impuestos Nacionales tendrá competencia para ejercer cualquiera de las funciones y conocer de los asuntos que se tramitan en su administración, previo aviso al jefe de la unidad correspondiente".

Esta norma, que claramente autoriza la delegación de competencias a funcionarios del nivel profesional de la Administración, no hace diferencia según su categoría dentro de la institución y es posible que a funcionarios de mayor rango de la misma entidad administrativa, le puedan ser encomendadas comisiones para la realización de actividades propias de la Administración, que por alguna circunstancia exijan su presencia.

Adicionalmente, el hecho de la intervención de un solo funcionario en una diligencia en donde además intervinieron los técnicos con conocimientos específicos y otros funcionarios, distintos a los comisionados, no le resta validez a la diligencia realizada previamente al acto de liquidación, como tampoco se le resta la presencia de otras personas que en ella intervinieron como fueron el Jefe de la División Tributaria de la empresa, y el Gerente de Cervecería Colombo Alemana.

Entonces, si de acuerdo con la ley se da una alternativa para la intervención, de funcionarios del nivel profesional en los procesos de fiscalización, de determinación y de discusión del impuesto, por delegación o por comisión, permitiendo que un funcionario realice actividades propias de otro, atendiendo a las normas generales que permiten tales figuras jurídicas, no resulta válida la afirmación que hace el demandante en el sentido de que según los artículos 145 y 146 del Decreto 2503 de 1987, solo los Jefes de las respectivas unidades pueden adelantar los procedimientos de fiscalización, pues en tal caso sobraría la previsión legal contenida en el artículo 144.

Ahora bien, como el acto de delegación o comisión, cuya existencia no se discute, es sustancialmente diferente de los proferidos en las etapas de fiscalización, determinación y discusión del impuesto, y no es objeto de análisis en este juicio, no cabe un pronunciamiento de mérito en torno a su legalidad.

Como corolario de lo anterior, los cargos sobre inconsistencia en el estudio de las nulidades, y su no análisis por parte del *a-quo*, no están llamados a prosperar porque evidentemente éste si los estudió, solo que no les dio prosperidad.

3. Violación del Principio *Non Bis In Idem.*

Según expresa el apelante, el Tribunal al considerar este cargo, no se pronunció sobre la esencia del mismo, consistente en que contra BAVARIA se enderezaron dos actuaciones administrativas distintas, una sancionatoria y otra liquidatoria, basadas en los mismos hechos.

Dicho cargo no está llamado a prosperar porque antes de la vigencia del Decreto 3541 de 1983, diversas conductas informales de los contribuyentes escapaban al régimen sancionatorio, como ocurría con las diferencias de inventarios, la omisión de compras, los errores en la posición arancelaria, la doble solicitud de compensación de saldos, etc.

Creado por el artículo 23 *ibídem*, el sistema del certificado bimestral de pagos, que se preveía para los declarantes del período anual no comprendidos en el régimen simplificado, se suscitaron otras expectativas de inconsistencia o inexactitud de datos que, aunque probatoriamente pudieran carecer de incidencia en la declaración anual del impuesto sobre las ventas, por ser posible su enmienda o ajuste en esta oportunidad, no obstante alteraban el recaudo del tributo y causaban distorsiones en la información.

Si el error o la desfiguración de datos no se corregía con la declaración tributaria, necesariamente implicaba que existía inconsistencia en el certificado bimestral y en la declaración tributaria.

Es decir, un mismo hecho irregular, por voluntad de la ley, podía originar una inexactitud del certificado bimestral de pago y otro de inexactitud en la declaración tributaria del impuesto sobre las ventas, si allí el error no se corregía.

Fue el legislador de 1983 el que en el capítulo XIV del Decreto 3541 de 1983, artículos 54 a 58, creó nuevas sanciones para los responsables del impuesto sobre las ventas, las cuales según mandato del artículo 54: "se aplicarán sin perjuicio de las sanciones previstas en las normas vigentes". Y fue el artículo 55 *ibídem*, el que creó la inexactitud en el certificado bimestral, previendo la aplicación de una multa equivalente al 200% del impuesto correspondiente a la suma inexacta.

Obviamente, si el error persistiera en la declaración final, esta a su vez podría ser inexacta, sin perjuicio claro está de la facultad de la Administración para establecer correctamente el tributo mediante la liquidación de revisión, pero ya impuesta la sanción en el certificado bimestral no procedía repetirla con oportunidad de la liquidación de revisión.

Así mismo, siendo correcta la declaración anual e inobjetable la contabilidad de apoyo, por haber corregido a tiempo el responsable los errores del certificado bimestral, era procedente la imposición de la sanción por este hecho, no sólo por haber asumido la infracción cometida una conducta sancionada, *per-se*, sino porque la norma tributaria no ofrecía soluciones atenuantes o eximentes del efecto de la inexactitud, así la declaración, adelantado el proceso de fiscalización, no fuera objeto de liquidación de revisión.

Entonces cuando la administración tributaria con base en la "inexactitud" detectada en los certificados de los dos primeros bimestres, practicó la liquidación de revisión de 1985, en la cual no impuso la sanción de inexactitud, no violó el principio del *non bis in idem.*

No obstante, se reitera la jurisprudencia de la Sala, en el sentido de que, como los motivos de infracción y la sanción correlativa son de carácter eminentemente restringido, fiscalmente respecto de un mismo sujeto, el hecho sancionable, una vez materializado en un acto o hecho generador, no es susceptible de dar lugar sino a una sanción o a un solo impuesto, pues el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983 no dice expresamente que una misma inexactitud acaecida en uno solo de los bimestres del período anual, se debe sancionar consecutivamente y menos que el impuesto deba pagarse más de una vez.

Lo anterior no ocurre en el *sub-lite*, porque los valores consignados en los certificados bimestrales de pago se imputan al valor del impuesto a cargo del período anual.

No se desconoció entonces el principio de *non bis in idem* invocado por la actora.

4. Problema de Fondo

Según se precisa en el proceso gubernativo, la actora venía utilizando la posición arancelaria 22.02.00.00 para declarar el producto Pony Malta y a partir del año de 1985 cambió tal posición arancelaria para ubicar el producto mencionado en la posición 19.02.00.00, al considerar que la anterior era incorrecta toda vez que se trataba de un producto alimenticio infantil.

Los productos de la posición 22.02, que según lo preceptuado en el artículo 62 del Decreto Extraordinario 3541 de 1983, comprendía: "limonadas, aguas, gaseosas, aromatizadas (incluidas las aguas minerales tratadas de esta manera) y otras bebidas no alcohólicas, con exclusión de los jugos de frutas y de legumbres y hortalizas de la posición 20.07", eran exentos del impuesto sobre las ventas. Pero a raíz de la expedición de la Ley 80 de 1984, cuyo artículo 10 derogó la exención de los bienes co-

rrespondientes a las posiciones allí descritas, entre otras la posición 22.02, quedaron gravados a la tarifa del 10% a partir del 1o. de enero de 1985.

Estima la Sala que si la actora consideraba que de acuerdo con el mismo Decreto 3541 de 1983 la posición 19.02.00.00, que corresponde a los "Extractos de Malta, preparados para la alimentación infantil o para uso dietéticos o culinarios, a base de harinas, sémolas, almidones, féculas o extractos de malta, incluso con adición de cacao en una proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) en peso", productos exentos del IVA que no fueron gravados por el artículo 10 de la Ley 80 de 1984, amparaba al producto Pony Malta, y alegaba el cambio de posición para hacerse acreedora al beneficio tributario, de exención, le correspondía adelantar ante la jurisdicción todas las diligencias y pruebas pertinentes para demostrar la ubicación de su productos en esta otra posición y desvirtuar así el acto administrativo.

Si la Administración basada en el concepto emitido por personal técnico de la dependencia pública, especializado en la materia no encontró fundamento legal ni prueba que le permitiera admitir el cambio de posición del producto que hizo la contribuyente de la posición, 22.02, gravada, a una posición exenta 19.02, no incurrió en violación de la ley al tasar el impuesto en la forma ordenada en la norma, gravando a la tarifa del 10% el producto Pony Malta como bebida gaseosa de la posición 22.02.

Adicionalmente, si el acto administrativo también se fundamenta en la nota exclutoria (I.B) de la posición 19.02 del Arancel que señala expresamente que las bebidas a base de Malta se ubican en el capítulo 22, dependiendo de si son alcohólicas o no, no puede decirse entonces que la Administración al ubicar la Pony Malta en la posición 22.01 incurrió en falsa motivación y menos que el móvil, que inspiró la decisión administrativa haya sido diferente a aquel que por ley debe inspirar los actos administrativos de liquidación que es la justa y legal determinación de la carga tributaria impuesta por el legislador a un contribuyente.

Tampoco la falta que endilga al experticio practicado, por no haberse dado posesión a los peritos, ni el hecho de que estos sean funcionarios públicos es suficiente para demostrar el derecho a ubicar el producto en la posición 19.02 que como exenta es favorable a la actora, que es lo que en últimas persigue.

No se ha comprobado en el proceso que el concepto emitido por el Subdirector Técnico de la Dirección General de Aduanas sobre la clasificación del producto en el capítulo 22 título Bebidas Líquidas posición 22.02.00.00 fue errado, así como tampoco se ha comprobado que sea equivocada la comunicación 2248 de octubre 30 de 1987 del Consejo de Política Aduanera, que reitera como posición del producto Pony Malta la 22.02.00.00.

A juicio de la Sala, sí existen organismos a quienes compete manejar el arancel e identificar los productos que corresponden a cada una de las posiciones adoptadas por el Decreto 3541 de 1983 con base en tal arancel, los actos administrativos mediante los cuales se identifica la posición, de un producto dentro del mismo se presumen válidos y acertados y deben aplicarse mientras no se desvirtúe la presunción de legalidad que los ampara, más aún cuando, como en el caso de autos, tales actos no hacen más que confirmar la posición arancelaria que hasta antes de los bimestres cuestionados venía dando la misma actora a su producto.

La sociedad contribuyente bien hubiera podido solicitar durante el proceso, en la oportunidad debida, las pruebas que pretendiera hacer valer para desvirtuar los actos enjuiciados, pero se abstuvo de solicitar un experticio u otra prueba en tal sentido que permitiera cuestionar ante la jurisdicción la clasificación que del producto hiciera en la posición 22.02.00.00 la Administración.

No encuentra la Sala en el expediente prueba alguna de que la actora haya adelantado algún trámite ante la Dirección General de Aduanas, ni el Consejo de Política Aduanera para lograr el cambio o aclarar la posición del producto Pony Malta, ni que éste efectivamente haya variado de posición, ni que haya desvirtuado la presunción de legalidad que como acertadamente expone el Tribunal ampara tal clasificación en virtud de lo dispuesto por el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia no hay ningún fundamento para considerar que el producto Pony Malta debe estar ubicado en la posición 19.02.00.00 y por ende su carácter exento para efecto del impuesto sobre las ventas, toda vez que no se ha desvirtuado en el proceso la ubicación que por las condiciones específicas del producto hizo en la posición 22.02.00.00 el acto acusado y con anterioridad al año de 1985 la misma actora, porque como antes se anotó el acervo probatorio allegado al proceso no permite otra conclusión y por lo tanto la sentencia apelada que así lo declara merece ser confirmada.

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

FALLA:

1. **CONFIRMASE** la sentencia apelada.

2. **RECONOCESE** a la doctora Elizabeth Withingham García como apoderada de la demandada a términos del poder que obra a Folio 316 del cuaderno principal.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chaín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

IMPUESTO MUNICIPAL DE ESPECTACULOS PUBLICOS–Medellín/ **EXENCION MUNICIPAL/COMPETENCIA FUNCIONAL/DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES**

El art. 183 de la Constitución Nacional de 1886 en concepto de la Sala, no puede ser invocado por las Agencias del Distrito para no acatar el reconocimiento que de la exención del Impuesto de Espectáculos Públicos había declarado la Dirección de Impuestos Nacionales, por cuanto la entidad nacional no estaba concediendo una exención, pues ella no tiene potestad impositiva, sino reconociendo el beneficio consagrado en la Ley 60 de 1944 y sabido es que la potestad tributaria de los entes territoriales se subordina a la ley. Ahora bien si el impuesto de espectáculos públicos era de carácter nacional, el legislador por el hecho de concederlo no pierde el poder para extinguirlo, modificarlo o reglamentarlo. De acuerdo con el art. 9o. de Decreto 057 de 1969 reglamentario de la Ley 33 de 1968 era la Dirección General de Impuestos Nacionales a quien le correspondía reconocer la exención del impuesto de espectáculos públicos establecida por la Ley 60 de 1944. El acto que expidió el ente administrativo nacional, era de aplicación, pues lo expidió conforme a las normas vigentes al momento de ser proferido. En consecuencia, no le asiste razón al apelante en sus pretensiones, bajo el argumento de la inconstitucionalidad sobreviniente, para negar el reconocimiento de la exención del impuesto de espectáculos públicos solicitado por el actor.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gomez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4915. Actor: Armín Torres Mahecha. Impuesto - Espectáculos Públicos. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada: el Municipio de Medellín, contra la sentencia del 19 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, incoado por el ciudadano ARMIN TORRES MAHECHA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.931.691 de Cali, contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de espectáculos públicos por la presentación de la obra "Sugar" el musical, entre los días 24 de octubre al 25 de noviembre de 1989.

ANTECEDENTES

Por medio de la Resolución No. 0347 del 15 de marzo de 1990, el Ministerio de Hacienda-Dirección General de Impuestos Nacionales, reconoció la exención del impuesto de espectáculos públicos consagrada en los artículos 3o. de la Ley 60 de 1944 y 9o. del Decreto 057 de 1969, para la presentación de la obra "Sugar", en el Teatro Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín del 24 de octubre al 25 de noviembre de 1989.

Pese a lo anterior, el ciudadano Armín Torres Mahecha en calidad de empresario artístico, a través del Teatro Pablo Tobón Uribe canceló ante el Departamento de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería de Rentas Municipales de Medellín, la suma de $10.814.749.91 correspondiente al impuesto de espectáculos públicos, por no tener en su poder la Resolución antes mencionada.

En forma equivocada el Teatro Pablo Tobón Uribe solicitó la exención del impuesto por el mencionado espectáculo, la cual le fue negada por medio de la Resolución SH-19-156 de 1989, y finalmente revocada por la Alcaldía Municipal de Medellín mediante Resolución No. 121390, por ilegitimidad de personería por pasiva, en tanto que la petición no fue presentada por el señor Armín Torres Mahecha en su calidad de empresario artístico sino por el Teatro Pablo Tobón Uribe.

Con posterioridad, la Secretaría de Hacienda Municipal de Medellín mediante Resolución S-H 19-130 del 6 de noviembre de 1990, decidió negar el reconocimiento de la exención del impuesto de espectáculos públicos solicitada por el señor Armín Torres Mahecha aduciendo, porque de conformidad con los artículos, 183 de la Constitución Nacional y 223 del Decreto-Ley 1333 de 1986, este impuesto es de propiedad exclusiva de los municipios y renta municipal por disposición expresa del artículo 3o., literal a) de la Ley 33 de 1968. Con fundamento en las anteriores

IMPUESTO MUNICIPAL DE ESPECTACULOS PUBLICOS–Medellín/ **EXENCION MUNICIPAL/COMPETENCIA FUNCIONAL/DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES**

El art. 183 de la Constitución Nacional de 1886 en concepto de la Sala, no puede ser invocado por las Agencias del Distrito para no acatar el reconocimiento que de la exención del Impuesto de Espectáculos Públicos había declarado la Dirección de Impuestos Nacionales, por cuanto la entidad nacional no estaba concediendo una exención, pues ella no tiene potestad impositiva, sino reconociendo el beneficio consagrado en la Ley 60 de 1944 y sabido es que la potestad tributaria de los entes territoriales se subordina a la ley. Ahora bien si el impuesto de espectáculos públicos era de carácter nacional, el legislador por el hecho de concederlo no pierde el poder para extinguirlo, modificarlo o reglamentarlo. De acuerdo con el art. 9o. de Decreto 057 de 1969 reglamentario de la Ley 33 de 1968 era la Dirección General de Impuestos Nacionales a quien le correspondía reconocer la exención del impuesto de espectáculos públicos establecida por la Ley 60 de 1944. El acto que expidió el ente administrativo nacional, era de aplicación, pues lo expidió conforme a las normas vigentes al momento de ser proferido. En consecuencia, no le asiste razón al apelante en sus pretensiones, bajo el argumento de la inconstitucionalidad sobreviniente, para negar el reconocimiento de la exención del impuesto de espectáculos públicos solicitado por el actor.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gomez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4915. Actor: Armín Torres Mahecha. Impuesto - Espectáculos Públicos. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada: el Municipio de Medellín, contra la sentencia del 19 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, incoado por el ciudadano ARMIN TORRES MAHECHA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.931.691 de Cali, contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de espectáculos públicos por la presentación de la obra "Sugar" el musical, entre los días 24 de octubre al 25 de noviembre de 1989.

ANTECEDENTES

Por medio de la Resolución No. 0347 del 15 de marzo de 1990, el Ministerio de Hacienda-Dirección General de Impuestos Nacionales, reconoció la exención del impuesto de espectáculos públicos consagrada en los artículos 3o. de la Ley 60 de 1944 y 9o. del Decreto 057 de 1969, para la presentación de la obra "Sugar", en el Teatro Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín del 24 de octubre al 25 de noviembre de 1989.

Pese a lo anterior, el ciudadano Armín Torres Mahecha en calidad de empresario artístico, a través del Teatro Pablo Tobón Uribe canceló ante el Departamento de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería de Rentas Municipales de Medellín, la suma de $10.814.749.91 correspondiente al impuesto de espectáculos públicos, por no tener en su poder la Resolución antes mencionada.

En forma equivocada el Teatro Pablo Tobón Uribe solicitó la exención del impuesto por el mencionado espectáculo, la cual le fue negada por medio de la Resolución SH-19-156 de 1989, y finalmente revocada por la Alcaldía Municipal de Medellín mediante Resolución No. 121390, por ilegitimidad de personería por pasiva, en tanto que la petición no fue presentada por el señor Armín Torres Mahecha en su calidad de empresario artístico sino por el Teatro Pablo Tobón Uribe.

Con posterioridad, la Secretaría de Hacienda Municipal de Medellín mediante Resolución S-H 19-130 del 6 de noviembre de 1990, decidió negar el reconocimiento de la exención del impuesto de espectáculos públicos solicitada por el señor Armín Torres Mahecha aduciendo, porque de conformidad con los artículos, 183 de la Constitución Nacional y 223 del Decreto-Ley 1333 de 1986, este impuesto es de propiedad exclusiva de los municipios y renta municipal por disposición expresa del artículo 3o., literal a) de la Ley 33 de 1968. Con fundamento en las anteriores

disposiciones, el Concejo Municipal de Medellín expidió el Acuerdo 17 de 1989, que reguló en materia de exenciones el impuesto de espectáculos públicos, norma que exige que el espectáculo "fuera presentado por entidades sin ánimo de lucro y que producido fuera destinado a obras de incontrovertible beneficio social" y la situación del peticionario no encaja en ninguno de los supuestos exigidos por la disposición.

Inconforme con lo resuelto, el peticionario a través de apoderado judicial interpuso el recurso de apelación manifestando que el impuesto de espectáculos públicos es de carácter nacional y, que de conformidad con el artículo 3o. de la Ley 60 de 1944 se otorgó la exención a los conjuntos o compañías de ballet. Igualmente, que el reconocimiento de las exenciones que entrañan una actuación administrativa, es de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales de acuerdo con el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 057 de 1969.

Por medio de la Resolución 0101 del 12 de febrero de 1991 la Alcaldía Municipal de Medellín, resolvió el recurso confirmando la anterior Resolución, reiterando que el impuesto de espectáculos públicos es de propiedad exclusiva de los municipios y, por tanto, la liquidación del impuest que efectuó el Municipio de Medellín se hizo inaplicando el artículo 9o. del Decreto 057 de 1969, en defensa de la autonomía patrimonial consagrada expresamente en el artículo 183 de la Constitución Nacional, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 1987.

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa, el ciudadano Armín Torres Mahecha por medio de apoderado judicial acudió ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para demandar la nulidad de las Resoluciones SH 19-130 del 6 de noviembre de 1990 y 101 del 12 de febrero de 1991, por violar la Ley 33 de 1968 y su Decreto Reglamentario 057 de 1969, así como las Leyes 60 de 1944, 213 de 1938, 9a. de 1942 y 109 de 1943. Además, solicitó en restablecimiento del derecho se reconozca la exención del impuesto de espectáculos públicos concedido por la Resolución 0347 de 1990, así como se ordene la devolución de la suma indebidamente pagada por $10.814.749.91.

Puntualiza que mediante la Resolución No. 347 del 15 de marzo de 1990, la Dirección General de Impuestos Nacionales reconoció la exención del impuesto de espectáculos públicos por la presentación de la obra musical "SUGAR" en el Teatro Pablo Tobón Uribe de Medellín, entre el 24 de octubre y 25 de noviembre de 1989, conforme con lo dispuesto en los artículos 3o. de la Ley 60 de 1944 y 9o. del Decreto 057 de 1969.

Sostiene que el impuesto de espectáculos públicos, creado por la Ley 12 de 1932, es de carácter nacional, el cual fue cedido por la Nación al Distrito Especial de Bogotá y a los Municipios, en virtud de la Ley 33 de 1968, y por medio del Decreto 057 de 1969 reglamentario de ésta Ley, se facultó en el artículo 9o. a la Dirección General de Impuestos Nacionales para el reconocimiento de las exenciones a dicho impuesto, consagrada en el artículo 3o. de la Ley 60 de 1944, la cual se encuentra vigente y en la que se dispone otorgar la exención a los conjuntos o compañías de ballet.

Manifiesta además que, de conformidad con el artículo 183 de la Constitución Nacional de 1886 "la potestad tributaria en el sentido de las exenciones son de creación legal" que efectivamente el Gobierno Nacional no puede conceder, pero sí reconocer, tal como se refiere el artículo 9o. del Decreto 057 de 1969. Por lo mismo expresa, que este decreto no es incompatible con el precepto constitucional porque se estaría "confundiendo el aspecto legal de la creación de la exención con el puramente administrativo de su reconocimiento", "si la ley establece in (sic) impuesto y luego cede su producido a un ente territorial no puede deducirse que ella haya perdido la competencia para decretar exención respecto del mismo".

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 19 de marzo de 1993, accedió a las súplicas de la demanda al considerar, con fundamento en la sentencia del 3 de octubre de 1988, Extracto Tomo II, pág. 206, lo siguiente: "en lo que toca con las exenciones del impuesto de espectáculos, cedido por la Nación a los Municipios en virtud de la Ley 33 de 1968, el papel de las autoridades Municipales debe limitarse a dar cumplimiento de las normas nacionales, como que el Decreto Reglamentario 067 de 1969 asignó a la Dirección de Impuestos Nacionales, el reconocimiento de la excención prevista en la Ley 60 de 1944, artículo 3o. y 9o. del citado decreto".

Precisa, que la entidad nacional en este caso no concede exenciones, pues en ella no recae la potestad impositiva, sino que solo hace reconocimiento del beneficio "consagrado en la Ley 60 de 1944 y sabido es que la potestad tributaria de los entes territoriales se subordina a la ley". Y agrega, la reforma al artículo 183 de la Constitución Nacional por el Acto Legislativo No. 2 de 1987, no modificó el carácter de nacional del tributo, a pesar de haber sido cedido a los Municipios.

Concluye, en que otra sería la decisión frente a las nuevas disposiciones constitucionales, artículo 294, pero como la obligación tributaria se definió antes de la promulgación de éstas, el examen debe efectuarse a la luz de la Constitución de 1886.

LA APELACION

Contra la decisión anterior el Municipio de Medellín, por medio de apoderada judicial interpuso el recurso de apelación, admitiendo que la *litis* se resuelve a la luz de la Constitución de 1886, pues la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se "decide con base en los preceptos jurídicos vigentes en el momento de la expedición del acto acusado (Cine Colombia Vs. Municipio de Medellín, Rdo. 3691, Magistrada Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos)".

Indica que por Ley 33 de 1968, se declaró el impuesto de espectáculos públicos como de propiedad exclusiva de los Municipios, fijando los sujetos, la base gravable y la tarifa, sin referirse a las exenciones "porque contrariaba la Constitución". En consecuencia, el Decreto Reglamentario 057 de 1969 "violó el sentido de la ley que reglamentaba porque ésta no le dio facultad al gobierno para exonerar".

De otra parte, hace énfasis en el Acto Legislativo No. 2 de 1987 que reformó el artículo 183 de la Constitución Nacional, en el sentido de disponer que en ningún caso "La ley o el Gobierno Nacional podrán conceder exenciones", respecto de derechos o impuestos que les pertenezcan a las entidades territoriales. Por lo tanto, aplicando el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887 "el acto legislativo No. 2 de 1987 que al modificar el artículo 183 de 1886, derogó o dejó insubsistente la Ley 33 de 1968 y su Decreto Reglamentario 57 de 1969".

ALEGATOS DE CONCLUSION

El Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso, solicitó en su escrito de conclusión se revoque la sentencia recurrida al estimar, que si el impuesto de espectáculos públicos es de propiedad exclusiva de los municipios a partir de la Ley 33 de 1968, resulta contradictorio que en "un Decreto Reglamentario se le atribuya a una autoridad diferente su manejo y la de decretar exenciones". Así, la parte final del artículo 183 de la Constitución Nacional dispone que, el Gobierno Nacional no puede conceder exenciones respecto de derechos o impuestos que pertenezcan a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá.

Expresa que el mismo Tribunal admitió que el impuesto de espectáculos públicos fue desde un comienzo nacional, luego municipal a partir de 1968, lo que implica que el privilegio de que gozan esos bienes es el mismo del de los particulares "es decir, no pueden ser ocupados sin la previa autorización de los órganos competentes del Municipio".

Por último plantea, que la tesis sostenida por el *a-quo* en su providencia, no consulta la del Consejo de Estado expuesta en las sentencias del 15 de junio de 1990 y 19 de junio de 1992.

La demandada:

Reitera en parte los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación, en el sentido de afirmar que de acuerdo con el Acto Legislativo No. 2 de 1987 modificatorio del artículo 183 de la C.N. de 1886, se prescribió claramente "que los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su exclusiva propiedad", por tanto es "indebido el proceder de la Dirección de Impuestos Nacionales conceder una exención del pago del impuesto de espectáculos públicos al precitado empresario ya que dicho gravamen corresponde única y exclusivamente a la municipalidad tal como se consagró en la Ley 33 de 1968".

El demandante:

Solicita en el alegato de conclusión se confirme la sentencia apelada, esgrimiendo los mismos argumentos de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El punto central a dilucidar radica en establecer si el Municipio de Medellín estaba facultado para percibir el impuesto de espectáculos públicos por la presentación de la obra "SUGAR" el musical, entre los días 24 de octubre y 25 de noviembre de 1989 en el Teatro Pablo Tobón Uribe de Medellín, o si por el contrario, tal espectáculo estaba exento de su pago.

Como lo precisó el *a-quo,* el presente caso se decidirá con base en los preceptos jurídicos vigentes al momento de expedirse los actos acusados.

En diversas oportunidades la Sala se ha pronunciado respecto de la exención al gravamen a los espectáculos públicos manifestando, en un caso similar al presente (Sentencia 299 de 3 de octubre de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Coon. Exp. 0120. Actor: Roberto Echeverry Grisales, Extractos de Jurisprudencia, Tomo II, octubre, noviembre y diciembre de 1988, pág. 205), lo siguiente:

> "Al respecto el artículo 9o. del Decreto 057 de 1969 dispone:
>
> "Los espectáculos públicos que gocen de la exención del impuesto cedido de conformidad con las Leyes 213 de 1938, 9a. de 1942, 010 de 1943, 45 de 1944, seguirán disfrutando de dicho beneficio y cuando sea necesario su reconocimiento, éste será decretado por la Dirección General de Impuestos Nacionales, previo el procedimiento establecido en los respectivos reglamentos (Sentencia de mayo 28 de 1984, Sección Cuarta, expediente No. 7657).
>
> "Evidentemente la Dirección General de Impuestos Nacionales por medio de la Resolución No. R-000117-V del 3 de marzo de 1980 reconoció la exención de

conformidad con la Ley 33 de 1968 y 13 de 1944, para las presentaciones del "Desfile de Hanna Barbera Show de los Picapiedra" de acuerdo con la autorización dada por el Instituto Colombiano de Cultura "COLCULTURA".

"Concedida la exención el demandante debió impetrar del Distrito Especial el cumplimiento de la providencia dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales y no el reconocimiento de la exención que le fue negado conforme a las Resoluciones 2241 y 2450 de 1980 (fls. 172 a 173 y 183 a 184).

"Ahora bien: como el Distrito no tenía competencia para pronunciarse sobre la exención del impuesto de espectáculos públicos como antes se ha visto, los actos acusados son nulos precisamente por esta razón".

"Invocó igualmente el Distrito Especial en las resoluciones citadas, para desconocer la exención, el artículo 183 de la Constitución Nacional el cual establece:

"que los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de tales entidades".

"El artículo transcrito en concepto de la Sala, no puede ser invocado por las Agencias del Distrito para no acatar el reconocimiento que de la exención del impuesto de Espectáculos Públicos había declarado la Dirección de Impuestos Nacionales, por cuanto la entidad nacional no estaba concediendo una exención, pues ella no tiene potestad impositiva, sino reconociendo el beneficio consagrado en la Ley 60 de 1944 y sabido es que la potestad tributaria de los entes territoriales se subordina a la Ley" (destaca la Sala).

"Ahora bien, **si el impuesto de espectáculos públicos era de carácter nacional,** ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia, el legislador por el hecho de concederlo no pierde el poder para extinguirlo, modificarlo o reglamentario (Sentencia Consejo de Estado, Sección Cuarta del 8 de marzo de 1985, radicación No. 0079, Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra) (destaca la Sala).

Igualmente, frente al poder impositivo primario del Congreso de la República y subordinado de las Asambleas y Concejos Municipales a la ley, esta Sección ha dicho:

"... si la ley establece el gravamen nacional a los espectáculos públicos, y este tributo fue cedido a los Municipios, estos tienen la facultad de reglamentar la norma con miras a su administración, control y recaudo; pero de ninguna manera pueden variar el hecho generador del impuesto, el sujeto pasivo ni la tarifa establecida en la Ley 12 de 1932, pues desde su vigencia, los municipios ya no pueden crear o establecer gravámenes sobre los espectáculos públicos, porque la Nación ya los gravó a través de la citada ley" (Sentencia 0671 de junio 15 de 1990, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate. Exp. 2608. Actor: Luis Mario Duque, Extractos de Jurisprudencia, Tomo VIII, abril, mayo y junio de 1990, pág. 492).

Conforme a lo anterior, de acuerdo con el artículo 9o. del Decreto 057 de 1969 reglamentario de la Ley 33 de 1968, era a la Dirección General de Impuestos Nacionales a quien le correspondía reconocer la exención del impuesto de espectáculos públicos establecida por la Ley 60 de 1944.

El acto que expidió el ente administrativo nacional, era de aplicación, pues lo expidió conforme a las normas vigentes al momento de ser proferido.

En consecuencia, no le asiste razón al apelante en sus pretensiones, bajo el argumento de la inconstitucionalidad sobreviniente, para negar mediante las Resoluciones Nos. SH 19-130 del 6 de noviembre de 1990 y 101 del 12 de febrero de 1991, el reconocimiento de la exención del impuesto de espectáculos públicos solicitado por el señor Armín Torres Mahecha, por la presentación de la obra "Sugar" el musical, entre los días 24 de octubre y 25 de noviembre de 1989 en el Teatro Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín, toda vez que éste fue declarado exento por la ley y reconocido por la Dirección de Impuestos Nacionales como correspondía.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 19 de marzo de 1993, originaria del Tribunal Administrativo de Antioquia.

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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial de la sentencia No. 299 del 3 de octubre de 1988.

ERROR ARITMETICO–Requisitos/**FACULTAD DE CORRECCION ARITMETICA/LIQUIDACION PRIVADA**

La facultad de corrección aritmética que consagran las normas tributarias, especialmente el artículo 698 del E.T. tiene como presupuesto fáctico la ocurrencia de un error aritmético que origine un menor valor a pagar o un mayor saldo a favor. También define la ley, el art. 697, expresamente los eventos en los cuales se presenta error aritmético en las declaraciones tributarias. Del contexto de los artículos 697 y 698 del E.T. se colige que la noción de error aritmético en todos los casos está determinada por una equivocación en los resultados de los diferentes factores que intervienen en la depuración y determinación del impuesto, y que tiene que ver con las operaciones aritméticas o aplicación de tarifas que se utilizan en la liquidación privada del impuesto por parte del contribuyente, de ahí que determinar la existencia o no de un "error aritmético" en la correspondiente liquidación privada es una labor objetiva puesto que el mismo debe dimanar de la declaración misma y corresponder exactamente a una de las situaciones expresamente señaladas en la ley como constitutiva de error aritmético.

ERROR DE TRANSCRIPCION/ERROR ARITMETICO–Inexistencia/ **COSTOS/DEDUCCIONES/LIQUIDACION PRIVADA**

Pero no puede pasarse por alto que la actora alegó y demostró con certificación contable que obra en los antecedentes administrativos, y también como anexo de la demanda contenciosa, la existencia de un error de transcripción en la Sección D, correspondiente a costos y deducciones en la cual omitió registrar el rubro concerniente a "otros costos y deducciones". Los errores de transcripción mecanográficos consistentes en copiar incorrectamente una partida, como llevarla a un

renglón diferente omitirla, repetirla, o en todo caso trastocar una partida en los renglones del formulario, de manera que aparentemente modifique el resultado, no puede considerarse como errores aritméticos por cuanto en esos casos no puede tenerse en cuenta en la operación aritmética correspondiente ya que la naturaleza del mismo no implica que se encuentre comprometido en operación aritmética alguna, en el error que alega la actora consistente en que omitió registrar en el formulario la totalidad de costos y deducciones totalizados en el renglón 25 por cuanto copió la información de un borrador en vez del proyecto definitivo, en un error que participa de esta naturaleza, por lo que desvirtúa el error aritmético que registra la declaración y que corrigió la administración con fundamento en la facultad de corrección que le da la ley.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4966. Actor: Jaramillo Toulemonde Publicidad Ltda. Impuestos - Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada: La Nación - Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 28 de mayo de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acogió las súplicas de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad JARAMILLO TOULEMONDE PUBLICIDAD LTDA., para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos de Bogotá efectuó corrección aritmética al impuesto privadamente liquidado por el año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó declaración del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1988, el día 16 de junio de 1989, en la oficina principal del Banco de Crédito, en Bogotá, en cuya liquidación determinó el impuesto de renta a su cargo en la suma de $3.591.000, correspondiente a una renta líquida gravable de $11.971.000.

Con fundamento en la orden administrativa No. 0005 del 23 de abril de 1990, la División de Liquidación de Impuestos Nacionales de Bogotá "Personas Jurídicas", efectuó corrección aritmética a la declaración de renta partiendo de los renglones 16

(total ingresos netos) y 25 (total costos y deducciones) determinando como consecuencia un impuesto a cargo en cuantía de $8.191.000 y una sanción por valor de $1.380.000 correspondiente al 30% del valor mayor determinado por concepto de impuestos.

Contra esta liquidación de corrección la sociedad interpuso el recurso de reconsideración para manifestar que en realidad no existía error aritmético, sino error de transcripción de los datos de la declaración al formulario oficial "porque se copió información correspondiente a un borrador preparatorio, en vez de proyecto definitivo de la declaración tributaria", evento en el cual señaló que no se daban las causales de error aritmético establecidas en el artículo 697 del Estatuto Tributario, así mismo explicó que la base gravable de todas maneras correspondía con la realidad contable, tal como se permitía demostrarlo con certificación expedida por contador público.

Mediante la Resolución No. 0109 del 30 de abril de 1992, la División Jurídica de la mencionada administración resolvió en forma desfavorable el recurso anterior, confirmando en todas sus partes el acto administrativo impugnado por cuanto era evidente el error aritmético establecido en la sumatoria de los costos y deducciones por lo que consideró improcedente la certificación contable para corregirlo puesto que con ella lo que se pretendía era modificar la liquidación privada presentada, lo cual sólo era procedente dentro de la oportunidad consagrada por el artículo 588 del Estatuto Tributario.

Con la decisión anterior la Administración Tributaria dio por concluida la vía gubernativa.

LA DEMANDA

En vista de lo anterior, la sociedad por intermedio de apoderado judicial concurrió ante el Tribunal de Cundinamarca en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, a través de la cual solicitó a la jurisdicción contenciosa administrativa declarar la nulidad de los actos administrativos anteriormente reseñados, y, para restablecer el derecho lesionado practicar una nueva liquidación de impuestos con idénticos factores a los declarados.

En desarrollo de la actuación acusada, según el accionante, la Administración de Impuestos incurrió en violación de las siguientes disposiciones: Los artículos 697 y 698 del Estatuto Tributario; 1o., de la Ley 145 de 1960, 10 de la Ley 43 de 1990, 777 del Estatuto Tributario, y 646 de éste mismo, por cuanto:

Su representada no incurrió en ninguna de las causales de error aritmético que consagra el artículo 697 del Estatuto Tributario, sino en error mecanográfico ya que la

mecanógrafa encargada de transcribirlos al formulario tomó los que se anotaron en un borrador preparatorio y no los del proyecto definitivo.

Observa que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos no puede practicarse liquidación de corrección aritmética sino en aquellos casos en los cuales se configuren las causales de error aritmético previstas en la ley, además, agrega que al contribuyente no se le ha prohibido jamás demostrar su realidad económica sobre la cual debe determinarse su impuesto, porque se violaría el "espíritu de justicia" que debe presidir las actuaciones de los funcionarios, y el principio de la "equidad" que impone la aplicación del impuesto en función de la capacidad económica del contribuyente.

En consecuencia, considera que su representada podía, como en efecto lo hizo, con la certificación contable demostrar que las verdaderas cifras que conforman la base gravable de la empresa se llevan en debida forma, que los libros están registrados en la Cámara de Comercio, y de la existencia de los errores de transcripción de los valores contables en el formulario de la declaración. En aras de mejorar esta prueba indica que presenta nueva certificación contable.

Estima que la Administracion al no haber aceptado el valor probatorio de la certificación contable violó las normas que la consideran prueba "suficiente" y "auténtica" así como las que le atribuyen la facultad de dar "fe pública" a los contadores sobre los datos certificados.

Por último expresa que al aplicarse la sanción por corrección aritmética, se incurrió en violación del artículo 646 del Estatuto Tributario, por cuanto se aplicó sanción por error aritmético, sin existir error aritmético sino de transcripción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 28 de mayo de 1993, se pronunció en sentido favorable al *petitum* demandatorio.

Observó el Tribunal que la Administración al resolver el recurso de reconsideración acepta que la partida correspondiente a costos y deducciones fue erróneamente declarada y al analizar el artículo 697, numeral 1o., del Estatuto Tributario, anota que se tipifica el error aritmético "cuando se ha declarado correctamente las bases gravables y se anota como resultado un dato equivocado" dejando de lado la redacción del numeral 1o. en cita que indica que "a pesar de haberse declarado correctamente los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, se anota como valor resultante un dato equivocado.

Por otro lado advierte que la certificación contable aportada al proceso gubernativo en la cual consta que los libros de contabilidad están debidamente soportados,

registrados y llevados conforme a la ley, en donde además se anotan las cuentas afectadas, los conceptos, comprobantes de contabilidad, etc., demuestra las inconsistencias que presenta la declaración y la existencia de costos y deducciones que terminan siendo rechazados por las oficinas de impuestos sin la utilización del procedimiento de la liquidación de revisión previo requerimiento especial.

Para el Tribunal, así mismo, la Administración desconoce que en la etapa del recurso el contribuyente puede presentar pruebas, como lo hizo la sociedad en el presente caso, para demostrar que su denuncio contenía errores de transcripción en lo relacionado con los costos y deducciones declarados, cuya existencia varía las bases gravables.

Por consiguiente concluyó el Tribunal que el proceder administrativo violó las disposicones señaladas por el actor, razón por la cual consideró que debía anularse la operación administrativa acusada, para lo cual previamente practicó nueva liquidación de impuestos, acogiendo las pretensiones del libelista.

LA APELACION

La Administración de Impuestos de Bogotá "Personas Jurídicas" a través de su representante judicial manifiesta su desacuerdo con la sentencia del Tribunal por cuanto en la declaración privada de la sociedad actora no se han presentado errores de transcripción, sino que se trata de verdaderos errores aritméticos al sumar las siguientes partidas:

"Salarios, prestaciones y otros pagos laborales en cuantía de $16.478.000.oo, intereses y gastos financieros en cuantía de $117.000.oo, comisiones, honorarios y servicios en cuantía de $12.470.000.oo, y depreciaciones, amortizaciones y agotamientos en cuantía de $1.060.000.oo, de las cuales se obtiene la suma de $30.123.000.oo, y no de $45.712.000.oo, que declaró el contribuyente". Así mismo, incurrió en error aritmético al sumar las partidas correspondientes a servicios, comisiones y honorarios en cuantía de $55.832.000.oo, y otros ingresos distintos de los anteriores en cuantía de $1.595.000.oo, los cuales arrojan como resultado la suma de $57.427.000.oo, y no $57.683.000.oo, que declaró el contribuyente.

Por otra parte, observa que la sociedad no subsanó tales errores mediante el procedimiento previsto en los artículos 588 o 589 del Estatuto Tributario, por lo que no puede pretender con ocasión de la demanda contenciosa subsanarlos, porque no es el momento oportuno para hacerlo.

Con fundamento en lo anterior solicita a la Corporación revocar la sentencia del Tribunal y en su lugar, denegar las súplicas de la demanda declarando en firme los actos administrativos acusados.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso la sentencia del Tribunal en cuanto que acoge las súplicas de la demanda debe ser confirmada, por cuanto con la certificación contable aportada al proceso gubernativo y otra ante la jurisdicción contenciosa, la sociedad demostró el error de transcripción que alegó haber cometido en los factores correspondientes a los costos y deducciones.

Parte demandada: La Dirección de Impuestos Nacionales alega de conclusión para reiterar su solicitud tendiente a que la Corporación revoque la sentencia del Tribunal, ya que no es correcto afirmar que la sociedad no incurrió en error aritmético por cuanto es evidente que aquella sí incurrió en error aritmético en la sumatoria de los costos y deducciones al igual que en la sumatoria de los ingresos, errores que no corrigió voluntariamente de acuerdo con el procedimiento contemplado en los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario.

Por tanto, su representada conforme a la facultad de corrección aritmética que le otorga la ley procedió a corregir los correspondientes errores originando un mayor valor por concepto de impuestos y la correspondiente sanción por no presentar la declaración con exactitud en las operaciones aritméticas.

Parte actora: No presentó alegato de conclusión en esta instancia del proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación que debe resolver la Sala se contrae a dilucidar si como lo ha sostenido la sociedad actora y lo acogió el Tribunal, la declaración tributaria presentada por ésta por el período gravable de 1988, registra un error de transcripción en los guarismos correspondientes a los costos y deducciones que alteran el resultado de los mismos, o si como lo estableció la Administración de Impuestos y lo reclama su representante judicial con oportunidad del recurso, el error que emerge es estrictamente aritmético y por lo mismo no es procedente acceder al *petitum* demandatorio al no configurarse las violaciones legales señaladas.

Observa la Sala, que la facultad de corrección aritmética que consagran las normas tributarias, especialmente el artículo 698 del E.T., tiene como presupuesto fáctico la ocurrencia de un error aritmético que origine un menor valor a pagar o un mayor saldo a su favor. También define la ley, el artículo 697, expresamente los eventos en los cuales se presenta error aritmético en las declaraciones tributarias, señalando en forma taxativa los siguientes, cuando:

> "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 un 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".

Del contexto de estas disposiciones se colige que la noción de error aritmético en todos los casos está determinada por una equivocación en los resultados de los diferentes factores que intervienen en la depuración y determinación del impuesto, y que tiene que ver con las operaciones aritméticas o aplicación de tarifas que se utilizan en la liquidación privada del impuesto por parte del contribuyente, de ahí que determinar la existencia o no de un "error aritmético" en la correspondiente liquidación privada es, a juicio de la Sala, una labor objetiva puesto que el mismo debe dimanar de la declaración misma y corresponder exactamente a una de las situaciones expresamente señaladas en la ley como constitutiva de error aritmético.

Para la Sala, la situación del *sub-lite* registra como lo observa la apoderada de la Administración de Impuestos de Bogotá "Personas Jurídicas" varios errores aritméticos preceptibles a primera vista, en las secciones C y D correspondientes a ingresos, costos y deducciones respectivamente, así:

En la Sección D correspondiente a los costos y deducciones, renglones 17 al 25, toda vez que la sumatoria de las partidas registradas en los renglones 19, 20, 21 y 22 por las sumas de $16.478.000, $117.000, $12.470.000 y $1.060.000, no arrojaron el resultado llevado al renglón 25 (total costos y deducciones) por valor de $45.712.000 sino que suman $30.125.000. En la Sección D ocurre lo mismo con las partidas registradas en ella, por las sumas de $55.832.000 y $1.595.000, cuya sumatoria da la suma de $57.427.000 y se declaró la suma de $57.683.000 (total de ingresos netos) renglón 16.

Pero no puede pasarse por alto que la sociedad alegó y demostró con certificiación contable que obra en los antecedentes administrativos, y también como anexo de la demanda contenciosa, la existencia de un error de transcripción en la Sección D, correspondiente a costos y deducciones en la cual omitió registrar el rubro concerniente a "otros costos y deducciones", toda vez que el valor contabilizado coincide con el valor declarado en el renglón 25, de donde surge la existencia del error de transcripción alegado.

La Sala ha manifestado en repetidas oportunidades que los errores de transcripción o mecanográficos consistentes en copiar incorrectamente una partida, como llevarla a un renglón diferente, omitirla, repetirla, o en todo caso trastocar una partida

en los renglones del formulario, de manera que aparentemente modifique el resultado, no puede considerarse como errores eritméticos por cuanto en esos casos no puede tenerse en cuenta en la operación aritmética correspondiente, ya que la naturaleza del mismo ni implica que se encuentre comprometido en operación aritmética alguna, el error que alega la sociedad actora consistente en que omitió registrar en el formulario la totalidad de costos y deducciones, totalizados en el renglón 25 (total costos y deducciones), por cuanto copió la información de un borrador preparatorio en vez del proyecto definitivo, es un error que participa de esta naturaleza, por lo que desvirtúa el error aritmético que registra la declaración y que corrigió la Administración con fundamento en la facultad de corrección que le otorga la ley.

Siendo ello así, el error aritmético que aparentemente existe en el formulario de la declaración presentada por la sociedad actora por el año gravable en cuestión, ha sido desvirtuado plenamente por la sociedad actora desde el recurso de reconsideración, por lo que para la Sala fue incorrecto el proceder de aquella al restarle valor probatorio a la certificación contable, toda vez que en el presente caso no se trataba de demostrar la deducibilidad de las partidas omitidas, sino el error de transcripción alegado, para lo cual era suficiente con demostrar que el valor total declarado al renglón 25, correspondía exactamente con el valor total contabilizado por el mismo concepto.

Además, como lo advierte el Tribunal, aquella hace constar que los libros de contabilidad está debidamente soportados, registrados y llevados conforme a la ley, se anotan las cuentas afectadas, los conceptos, comprobantes de contabilidades, etc., todo lo cual ofrece la certeza necesaria para que el juzgador pueda tener la suficiente convicción sobre el hecho alegado; circunstancia por la cual y de acuerdo igualmente con el concepto del Procurador Tercero Delegado, es procedente confirmar la decisión del *a-quo,* por encontrarse acorde a derecho.

En consecuencia, la pretensión del apelante-apoderado de la entidad demandada no está llamada a prosperar.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del 28 de mayo de 1993, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACTIVIDAD EXENTA/AUTOMOTORES NACIONALES/INGRESO EXENTO–Vigencia/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Es claro que la exención establecida en el numeral 13 del art. 5o. del Acuerdo 21 de 1983, rige por el término de cinco (5) años a partir del 1o. de enero de 1984, por lo tanto el contribuyente podía dar aplicación a la misma por el año gravable de 1988, vigencia fiscal de 1989. Además, siendo tanto el art. 5o. del Acuerdo 21 de 1983, como el art. 18 del Acuerdo Distrital No. 11 de 1988, normas de carácter sustantivo no podía ésta última aplicarse, de manera inmediata por parte de la Administración, para rechazar la exención establecida en el artículo 5o. numeral 13 del Acuerdo 21 de 1983. Si bien el art. 18 del Acuerdo 11 de 1988, reguló la materia, respecto a las exenciones, no lo es menos que no trató. La exoneración contemplada en el art. 5o. num. 13, por lo que debe entenderse que al no mencionarla, lo que hizo fue no prolongar su vigencia, pero en ningún momento puede aceptarse que la exención estuvo vigente, como lo interpretó la Administración Distrital, hasta el año de 1987, cuando por disposición expresa del art. 5o. del Acuerdo 21 de 1983 esta fue establecida por 5 años, contados a partir del 1o. de enero de 1984.

ACTIVIDAD EXENTA/BASE GRAVABLE–Disminución/AUTOMOTORES NACIONALES–Fabricación/INGRESO EXENTO

No existe disposición o normatividad alguna dentro del Acuerdo 11 de 1988, que suprima la vigencia de la exención consagrada en el artículo 5o. numeral 13 del Acuerdo 21 de 1983, puesto que no se observa que el Acuerdo 11 de 1988, derogue ni de manera expresa –art. 39–, ni tácita las exenciones para la actividad industrial de fabricación de autopartes destinados al ensamble. Por lo tanto, la actora se ajustó a la

normatividad vigente para el año de 1988, disminuyendo de la base gravable las exenciones correspondientes a ese Código.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5084. Actor: Autoboceles Ltda. Nit. 860.014.600-0. Impuestos - Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Especial de Bogotá (hoy Santafé de Bogotá Distrito Capital), contra la providencia del 23 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual accedió a las súplicas de la demanda en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad AUTOBOCELES LIMITADA, Nit. No. 860.014.600-0, contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de Industria, Comercio y Avisos por el año gravable de 1988, vigencia de 1989.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó su declaración del impuesto de industria, comercio y avisos, por el año gravable de 1988, vigencia de 1989, el día 10 de mayo de 1989, ante la Secretaría de Hacienda, formulario oficial No. 0064245, en cuya liquidación privada se determinó un impuesto a cargo por la suma de $757.664, suma cancelada según recibo No. 490595.

La Dirección de Impuestos Nacionales con fecha 3 de julio de 1990, envió requerimiento No. 051922, solicitando probar con libros de contabilidad, demás soportes contables y los documentos necesarios, la veracidad de la declaración privada (año gravable de 1988) en lo relacionado con: 1.– Monto total de ingresos brutos obtenido durante el año gravable de 1988; 2.– Exenciones por $138.723.410; y, deducciones por $16.588.557; 3.– Acreditar representación legal y la clase de actividad desarrollada, con base en lo dispuesto en el Acuerdo 21 de 1983, artículos 31, 42, 45, 46 y 72.

Posteriormente, se practicó visita a la empresa según acta No. 05947001529 del 22 de octubre de 1990, correspondiente a la orden de visita No. 05947 del 26 de septiembre de 1990, en la cual se dejó constancia de que el contribuyente se acogía al 50% de las ventas de Autopartes por $138.723.410 y $100.741, por descuentos en ventas no incluidos en la base gravable.

Así mismo, se estableció y se consignó en el acta, que el contribuyente presentó constancias por ventas a ensambladoras por valor de $267.773.697 y $32.695.781, como ventas al comercio en general. Se anotó también, que las ventas brutas a ensambladoras correspondían a $280.260.186 y las ventas netas al comercio por $19.748.788.

Posteriormente, la Dirección Distrital de Impuestos profirió liquidación oficial No. 3077 de marzo 15 de 1991, correspondiente al año gravable de 1988, liquidación que consideró como diferencias a favor de la Tesorería la suma de $1.449.276 y como sanciones la suma de $1.943.538 para un total de $3.392.814.

Contra la liquidación oficial No. 3077 la sociedad actora interpuso los recursos de reposición y apelación, que fueron desatados desfavorablemente, el primero, mediante Resolución No. 994 de 30 de octubre de 1991, y el segundo, mediante Resolución No. 142 de marzo 16 de 1992.

LA DEMANDA

La sociedad actora presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos por el año gravable de 1988, acusando de violar las siguientes disposiciones: Artículo 30 de la Constitución Política de 1886, artículo 58 de la Constitución de 1991, Acuerdo 21 de 1983, y el Acuerdo 11 de 1988.

El artículo 30 de la Constitución de 1886, porque ésta consagra la defensa de los derechos adquiridos, "tanto en la anteriormente vigente, como en la que entró en operancia a partir de 1991".

Además, adujo dos motivos de inconformidad: El primero de ellos relacionado con la vigencia de las exenciones, sobre el cual aduce que el Acuerdo 21 de 1983, había establecido unas exenciones por el término de cinco (5) años con una vigencia a partir del 1o. de enero de 1984, al 1o. de enero de 1989, que no se podían desconocer. En apoyo de esta tesis transcribe apartes de una sentencia de esta Corporación de fecha 27 de noviembre de 1988, expediente No. 1278. Actor: Acerías Paz del Río, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Igualmente, para fundamentar su posición trae a colación la sentencia de diciembre 9 de 1987, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, con Ponencia del Doctor Hernando Gómez Otálora concerniente a derechos adquiridos cuando se derogan beneficios tributarios, para concluir que no resulta válido el argumento de la Administración de Acuerdo con el cual el artículo 18 del Acuerdo 11 de 1988, consigna las exenciones tributarias que regirán de allí en adelante, quedando de hecho derogadas aquellas que por cinco (5) años puso en vigencia el Acuerdo 21 de 1983.

Como razones de la impugnación aduce que: "El Acuerdo 21 de 1983, entró en vigencia a partir de diciembre de 1983, para aplicarse de 1984 en adelante. El artículo 5o., expresamente estableció unas exenciones, en la siguiente forma: "Las siguientes actividades estarán exentas de los impuestos de Industria, Comercio y de Avisos **por un término de cinco (5) años a partir del 1o. de enero de 1984"** (Los destacados son del texto).

En cuanto al segundo, actividad productora, la accionante –Fabricación de Autopartes– manifiesta que: "estos elementos se fabrican para integrar un todo con los vehículos y por ello no pueden considerarse como elementos distintos a material de transportes", concluyendo que la producción de autoboceles, está orientada al ensamblaje nacional.

OPOSICION A LA DEMANDA

Oportunamente la parte demandada, se hizo parte en el proceso, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, así mismo en su escrito de contestación propuso la exención de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales.

Argumentó, en cuanto al cuestionamiento de la vigencia de las exenciones que: "El artículo 18 del Acuerdo 11 de 1988, cambió y modificó el artículo 5 del Acuerdo 21 de 1983 al dejar por fuera las actividades exentas, algunas que sí indicaba el artículo 5o. como la fabricación de autopartes destinadas exclusivamente al ensamblaje".

"Al no ser involucrada esta actividad y siendo el Acuerdo 11 de 1988 aplicable a partir del año gravable de 1988, no se corresponde a la sociedad recurrente, es el establecido por la Administración, por cuanto los códigos de actividad establecidos, tanto en el Acuerdo 21 de 1983 como en el Acuerdo 11 de 1988, son de aplicación restrictiva".

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* en providencia de 23 de julio de 1993, despachó desfavorablemente la exención de ineptitud de la demanda y, accedió a las súplicas de la demanda al considerar que no asiste razón a la Administración, pues en cuanto al primer punto –derecho a la exención– la demandante sí tenía derecho al beneficio de la exención originada de su actividad como productora de autopartes, para ello transcribe un aparte de la sentencia del Tribunal de la Doctora María Inés Ortiz, expediente No. 8.815, Actor: Soc. Radiadores y Panales Radipa Ltda., en la cual a su vez, se cita sentencia de esta Corporación en los siguientes términos:

> "... pues sobre este particular ya se ha pronunciado el H. Consejo de Estado en el proceso citado por el demandante cuando en atención a lo dispuesto

expresamente en la norma es perentorio al afirmar que las exenciones allí establecidas se conceden por el término de cinco (5) años contados a partir del 10 de enero de 1984 y no antes.

"... es claro que el Acuerdo 11 de 1988 en el artículo 18 no se refirió a la exención prevista para la actividad de fabricación de autopartes regulada en el artículo 50 (sic), del Acuerdo 21 de 1983, por el cual no puede considerarse que la normatividad contenida en el artículo 18 del Acuerdo 11 de 1988 regule íntegramente la materia sobre exenciones sino que tan solo la regula en la que respecta a aquellas exenciones las cuales expresamente menciona y en lo referente a las demás, lo dispuesto en el artículo 18 del Acuerdo 11 de 1988 no se opone a lo consagrado en el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, no es incompatible con éste, ni como se advirtió, regula íntegramente la materia a que el mismo se refiere (Art. 3o. Ley 153 de 1987), por lo cual y establecida la vigencia de la exención para el año gravable de 1988, es evidente que la actuación administrativa vulneró las disposiciones invocadas por el accionante...".

Y en cuanto al segundo punto relativo al código de actividad, el Tribunal consideró que tal modificación no tenía justificación, pues según el certificado de la Cámara de Comercio el objeto social de la Compañía es "LA FABRICACION Y/O EXPORTACION Y DISTRIBUCION DE AUTOPARTES, Y EN PARTICULAR DE BOCELERIA PARA VEHICULOS AUTOMOTORES...".

Por lo que estimó que la actividad podía perfectamente clasificarse en el código 102 del artículo 15 del Acuerdo 11 de 1988.

LA APELACION

El señor apoderado del Distrito presentó recurso de apelación, cuya impugnación se fundamenta, así: En cuanto al punto relativo a la exención manifiesta que: "El artículo 18 del Acuerdo 11 de 1988, cambió y modificó el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983 al dejar por fuera las actividades exentas, algunas que sí indicaba el artículo 5o. como la fabricación de autopartes destinadas exclusivamente al ensamblaje".

"Al no ser involucrada esta actividad y siendo el Acuerdo 11 de 1988 aplicable a partir del año gravable de 1988, no se puede afirmar aduciendo con el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, que dicha actividad está exenta, ya que al ser expedida una nueva ley que no la incluye como exenta, imperioso es concluir que es improcedente".

Y, agrega que según "lo establecido en el Artículo 1 y 3 de la Ley 153 de 1887, el Artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, debe estimarse insubsistente por existir una norma nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

Y en cuanto al aspecto del código declarado por el contribuyente –102–, advierte que el Decreto 950 de 1975, define como material de transporte "Un conjunto de elementos que permite el desplazamiento de un lugar a otro. El espíritu de dicha norma fue retomado al expedirse el Acuerdo 21 de 1983, en el sentido de fijar la trascendencia jurídica del término "material de transporte", acepción que no se configura en el desarrollo de la actividad de la sociedad recurrente, toda vez que los productos fabricados por esta no son nada distinto a los accesorios que se colocan al material de transporte".

Y agrega, que el código establecido por la Administración es el correcto.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte actora: Hace alusión al artículo 338 de la Constitución Nacional de 1991, para expresar que éste dispuso que las leyes que regulan impuestos "no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia respectiva de la ley, ordenanza o acuerdo". Reitera que en lo relativo al principio de la irretroactividad de la Ley, y particularmente de la que trata sobre la materia de impuesto, hay numerosas jurisprudencias, para lo cual cita la sentencia de 23 de julio de 1993, expediente 4641, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, y la No. C-149 de abril 22 de 1993, de la Corte Constitucional.

Expresa que el Acuerdo 11 de 1988, se limitó a legislar para el futuro.

Refuta el planteamiento del apelante al entender que la fabricación de boceles, copas y demás accesorios para vehículos no corresponde a material de transporte, pues sería "como pensar que los elementos producidos en Autoboceles Ltda., no se fabrican para colocarlos por contratos en los vehículos ensamblados en el país, sino para utilizarlos como adornos en las casas", pues el mismo apelante manifiesta que son "accesorios que se colocan al material de transporte y por ello esto no significa nada distinto que entrar a componer material de transporte".

Parte demandada: Reitera los mismos argumentos expuestos en sus escritos demandatorio y de sustentación del recurso de alzada. Afirma que "... el mandato contenido en el artículo 5o., numeral 13 del Acuerdo 21 de 1983, fue derogado expresamente por el Acuerdo 11 de 1988, en su artículo 39...".

En cuanto al punto del Código declarado por el contribuyente afirma: "Finalmente, tenemos que señalar que el Acuerdo 21 de 1983, fijó la trascendencia jurídica del término "material de transporte", acepción que no se configura en el desarrollo de la actividad de la Sociedad recurrente, toda vez que los productos fabricados por esta no son nada distinto a los accesorios que se colocan al material de transporte. Lo cual nos lleva a afirmar que el código de actividad que corresponde a la Sociedad recurrente, es el establecido por la Administración, por cuanto los Códigos de actividad

establecidos, tanto en el Acuerdo 21 de 1983 como en el Acuerdo 11 de 1988, son de aplicación restrictiva".

Ministerio Público: No presentó escrito de alegación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El motivo de controversia en esta instancia, radica en tres puntos fundamentales:

1.– El relativo a la vigencia para el año de 1988 de la exención establecida en el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983.

2.– La derogatoria del Acuerdo 21 de 1983; y,

3.– En cuanto al Código declarado por el contribuyente en relación a su actividad.

En cuanto al primero, la Sala estima que la Administración varió el período de aplicación de la exención prevista en el artículo 5o. numeral 13 del Acuerdo 21 de 1983, pues el texto de esta norma es claro al disponer que tales exenciones rigen por el término de cinco (5) años contados a partir del 1o. de enero de 1984, tal como se dispuso en sentencia del 6 de julio de 1990, la cual expresó:

"El Acuerdo 21 de 1983 señala en su artículo 120:

"Este Acuerdo rige a partir de su sanción", ésta fue el 22 de diciembre de 1983, de donde cabe deducir, confirmando reiterada doctrina de esta Corporación, que por estar vigente el fenecimiento del ejercicio fiscal (diciembre 31 de 1983), atendiendo el principio de la retropectividad, se aplicaría para todo el ejercicio impositivo de 1983, salvo que exista disposición especial que regulando aspectos específicos, señale su momento de aplicación, como es precisamente el caso de la exención discutida, regulada por el Acuerdo 21 de 1983, en cuyo artículo 5o. se señaló expresamente una fecha de entrada en vigencia de la exención. Expresa la norma:

"EXENCIONES.– Las siguientes actividades estarán exentas de impuesto de industria y comercio y avisos por un término de cinco (5) años **a partir del 1o. de enero de 1984,** en los montos y porcentajes que a continuación se señalan, sobre sus ingresos brutos...".

"11.– La actividad comercial de ventas de automotores de fabricación nacional, queda exenta en un 25% de su ingreso bruto anual por concepto..." (destaca la Sala).

"El texto literal de la norma es claro al disponer que las exenciones señaladas en los artículos transcritos, se conceden por el término de cinco (5) años **a partir**

del 1o. de enero de 1984 y no antes" (Sentencia de 6 de julio de 1990, Expediente No. 2605, Actor: Fábrica Colombiana de Automotores S.A. "COLMOTORES", Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano).

En consecuencia, es claro que la exención establecida en el numeral 13 del artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, rige por el término de cinco (5) años a partir del 1o. de enero de 1984, por lo tanto el contribuyente, podía dar aplicación a la misma por el año gravable de 1988, vigencia fiscal de 1989. Además, siendo tanto el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, como el artículo 18 del Acuerdo Distrital No. 11 de 1988, normas de carácter sustantivo no podía ésta última aplicarse, de manera inmediata por parte de la Administración, para rechazar la exención establecida en el artículo 5o., numeral 13 del Acuerdo 21 de 1983.

Para la Sala, si bien el artículo 18 del Acuerdo 11 de 1988, reguló la materia, respecto a las exenciones, no lo es menos que no trató, la exoneración contemplada en el artículo 5o., numeral 13, por lo que debe entenderse que al no mencionarla, lo que hizo fue no prolongar su vigencia, pero en ningún momento puede aceptarse que la exención estuvo vigente, como lo interpretó la Administración Distrital, hasta el año de 1987, cuando por disposición expresa del artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, esta fue establecida por 5 años, contados a partir del 1o. de enero de 1984.

De otra parte, en cuanto al segundo punto, relativo a la derogatoria del Acuerdo 21 de 1983, por parte del Acuerdo 121 de 1988, para establecer si esta nueva disposición derogó la exención a la actividad desarrollada por la actora, la Sala considera que no existe disposición o normatividad alguna dentro del Acuerdo 11 de 1988, que suprima la vigencia de la exención consagrada en el artículo 5o. numeral 13 del Acuerdo 21 de 1983, puesto que no se observa que el Acuerdo 11 de 1988, derogue ni de manera expresa –Art. 39–, ni tácita las exenciones para la actividad industrial de fabricación de autopartes destinados al ensamble. Por lo tanto la sociedad actora se ajustó a la normatividad vigente para el año de 1988, disminuyendo de la base gravable las exenciones correspondientes a ese código.

Y en lo relacionado al tercer punto, en cuanto al código –102– declarado por el contribuyente en su liquidación privada, y modificado por la Administración –103–, la Sala acoge el criterio expuesto por el *a-quo,* en cuanto a que no tiene ninguna justificación tal cambio, puesto que en principio la actividad desarrollada por la sociedad actora, según certificado de la Cámara de Comercio es la fabricación y/o exportación y distribución de autopartes, y en particular de bocelería para vehículos automotores, por lo que tales elementos son materiales necesarios para el transporte, o como bien lo dijo el apelante, son accesorios que se colocan al material de transporte y por lo tanto, hacen parte del mismo.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 23 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL–Improcedencia/**SANEAMIENTO ADUANERO/PRINCIPIO *NEMO AUDITOR PROPIAM TURPITUDINEM ALEGANS*/ PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO**

La petición de suspensión provisional no puede prosperar en razón de que no se dan los presupuestos que a la luz de nuestra legislación vigente hacen procedente dicha medida cautelar, en el sentido de que la violación de las normas superiores invocadas debe ser manifiesta y debe establecerse de una simple comparación con el acto impugnado; ya que el primer cargo se fundamenta en la violación del principio relativo a que nadie puede alegar su propia culpa, sin hacer referencia a ninguna norma superior desconocida. Además no es posible fundamentarla por la presunta violación de un principio. El otro cargo que se refiere a la violación del artículo 29 de la Constitución Nacional que consagra el derecho al debido proceso, el cual tampoco puede resultar violado directamente por el acto administrativo porque el debido proceso tendrá que estar consagrado en una norma expresa que sería la que podría resultar vulnerada por la decisión administrativa. A su vez para establecer la vigencia de las normas en que se fundamenta el acto impugnado es necesario, establecer por lo menos una "igualdad aritmética" lo cual indica que la posible violación no surge de la comparación entre las normas superiores como violadas y el acto cuestionado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5388. Actor: Félix Francisco Hoyos Lemus. Auto.

Resuelve la Sala respecto de la admisión de la demanda de nulidad, presentada por el Doctor Félix Francisco Hoyos Lemus contra algunos apartes de la Circular 004 del 28 de julio de 1993, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

La demanda reúne los requisitos formales exigidos por los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y por ello habrá de admitirse.

Como el accionante solicita que se suspenda provisionalmente el acto impugnado, procede la Sala a resolver sobre dicha petición.

EL ACTO DEMANDADO

Lo es la Circular 004 del 28 de julio de 1993 proferida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y en el aparte demandado dice textualmente:

> "'Mediante liquidación oficial, en cada seccional, la división de fiscalización, encargada de la determinación de la cuenta y la división de liquidación, a la que corresponde la formulación, con la coordinación de la subdirección de fiscalización, **deberán proceder a la determinación y formulación, respectivamente, de las cuentas adicionales, por la diferencia entre la tarifa *advalorem* correspondiente y la que pagaron según las declaraciones de saneamiento, mas (sic) los intereses legales.** Para tales efectos el administrador pondrá en conocimiento de la subdirección de fiscalización todos los casos que ameriten formulación de cuenta adicional, colocando a su disposición y a la de la División de Liquidación los documentos que sean necsarios (sic) para las actuaciones de sus competencias, igualmente correrá traslado a la División de Cobranzas, para que procedan como corresponda..." (Subrayamos).

SUSTENTACION DE LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

El accionante fundamenta su solicitud de suspensión provisional del acto demandado así:

1. "Nadie puede alegar su propia culpa".

Considera que la circular demandada, defiende a título de reglamentación de las normas aduaneras la práctica de cuentas adicionales para modificar liquidaciones oficiales, lo que equivale a decir, que el objetivo de tales cuentas es corregir errores culposos en que la propia Administración cayó. La circular, por eso viola el principio

"nemo auditur propiam turpitudinem alegans", con entidad suficiente para decretar su suspensión provisional.

2. "Violación del debido proceso".

El acto demandado desconoce el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, en cuanto, como resultado de sus instrucciones obligatorias para los funcionarios, la declaración de saneamiento proforma (acto particular) aparece doblemente juzgada: primero con la liquidación oficial cuyo monto ya fue cancelado por el saneante y segundo con la cuenta adicional, nueva liquidación oficial que pretende corregir errores en que supuesta o realmente incurrió la Administración.

3. "Violación del Decreto 1751 de 1991, art. 1o.".

La circular cuestionada viola dicho decreto por errónea interpretación, ya que dicha norma solo exigía a los particulares que querían acogerse al saneamiento, uno de los cuales era precisamente el de no ser objeto de cuentas adicionales, "... el pago oportuno de la tarifa *ad-valorem,* conforme al mecanismo que más adelante se establece", ya que según dicha norma la tarifa *ad-valorem* que el particular debía pagar y acreditar, era la que el mecanismo contenido en el decreto estableciera y según el artículo 8o. del citado decreto, tal mecanismo consistía en pagar el valor de la liquidación oficial dentro de los cinco días hábiles siguientes, contados desde la desfijación del estado que la notificaba.

Lo anterior indica que el pago oportuno que el particular debía acreditar era el previsto señalado en el decreto, es decir lo que le señalara la liquidación oficial y no como lo dispone el acto acusado en el sentido de que si el resultado es menor el particular debe ser sancionado por un hecho que no le concierne. Además, que según el decreto en cuestión la única sanción es la prevista para cuando el pago no se hace dentro del plazo respectivo.

4. "Falsa Motivación por amparo en normas derogadas".

Considera que si la suspensión procede cuando se viola una norma superior, también debe proceder cuando no "hay punto legal de referencia por estar derogado el fundamento de derecho en que se basa el correspondiente acto". El acto demandado desconoce que el decreto 2666 de 1984, art. 324 está derogado.

5. "La violación del decreto 01 de 1984".

Considera que el acto demandado desconoce el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto la declaración definitiva de saneamiento "equivale a haber entrado en posesión de un título y de unos derechos..." y los actos administrativos que crean esta clase de situaciones en favor de un particular sólo pueden ser revocados

con el consentimiento del titular y la circular cuestionada permite una revocación directa y oficiosa de la liquidación oficial y de la declaración definitiva de saneamiento sin ese consentimiento previo del afectado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

A juicio de la Sala la petición de suspensión provisional hecha por el demandante, no puede prosperar, en razón de que no se dan los presupuestos que a la luz de nuestra legislación vigente hacen procedente dicha medida cautelar, en el sentido de que la violación de las normas superiores invocadas debe ser manifiesta y debe establecerse de una simple comparación con el acto impugnado.

En efecto al analizar los diferentes argumentos que plantea el peticionario para solicitarla se establece lo siguiente:

El primer cargo se fundamenta en la violación del principio relativo a que nadie puede alegar su propia culpa, sin hacer referencia a ninguna norma superior desconocida.

Considera la Sala que no es posible fundamentar la suspensión provisional de un acto administrativo por la presunta violación de un principio. Es posible que en el análisis de fondo que se haga a lo largo del proceso de la legalidad del acto demandado y del análisis procedente en una decisión de fondo pueda llegarse a establecer esta situación, pero dicha violación no surge de la simple comparación del acto demandado con el principio invocado que es el análisis procedente en esta etapa procesal.

El segundo cargo se refiere a la violación del artículo 29 de la Constitución Nacional que consagra el derecho al debido proceso, el cual tampoco puede resultar violado directamente por el acto administrativo porque el debido proceso tendrá que estar consagrado en una norma expresa que sería la que podría resultar vulnerada por la decisión administrativa. Tampoco este argumento resulta válido para decretar la suspensión provisional solicitada.

En relación con la violación del decreto 1751 de 1991, el peticionario plantea su errónea interpretación, la cual solo puede establecerse luego de un análisis de fondo y no de la simple comparación entre al acto acusado y la norma superior, razón por la cual tampoco por este aspecto procede la suspensión provisional.

Otro argumento que se plantea para solicitar la medida cautelar es la motivación del acto demandado en normas ya derogadas.

Este argumento tampoco resulta suficiente para la suspensión provisional del acto demandado, toda vez que para establecer la vigencia de las normas en que se fundamenta el acto impugnado es necesario, como lo hizo el peticionario, establecer,

por lo menos una "igualdad aritmética", lo cual indica que la posible violación no surge de la comparación entre las normas superiores invocadas como violadas y el acto cuestionado.

Por último en cuanto a la violación del artículo 73 del decreto 01 de 1984, en cuanto se revoca una decisión particular sin el consentimiento del afectado, observa la Sala que el acto demandado no desconoce ningún acto particular específico sin la voluntad del afectado, toda vez que ello se daría, si así lo fuera, en cada caso concreto y en relación con cada liquidación específica, pero no de una manera general y abstracta.

Por todo lo anterior, la Sala

RESUELVE:

1. Admítese la demanda de nulidad de la Circular 004 de 28 de julio de 1993, del aparte precitado, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

2. Notifíquese personalmente al Procurador Delegado ante el Consejo de Estado.

3. Notifíquese personalmente al señor Director de Impuestos y Aduanas Nacionales o a su delegado para recibir notificaciones.

4. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5. Solicítese al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales el envío de los antecedentes administrativos. Término cinco (5) días.

6. No se accede a decretar la suspensión provisional del acto demandado.

Se tiene al doctor FELIX HOYOS LEMUS, como parte demandante en este proceso.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahin Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

INGRESOS PARA TERCEROS–Inexistencia/**COMPAÑIA DE VIGILANCIA/ INGRESO GRAVABLE/CONTRIBUYENTE**–Deberes

Examinados uno de los contratos que celebra la actora con sus trabajadores, inequívocamente en ellos se precisa que el contratante, vale decir, el patrono es la actora, por tanto no puede aceptarse la posición de la demandante en el sentido de que simplemente es una administradora de nóminas ajenas. El hecho de que el valor de los salarios sea un factor determinante del precio de los contratos no implica que la actora sea solamente un tercero intermediario en las relaciones entre los trabajadores y las empresas con las que la demandante contrató los servicios, pues palamariamente se establece todo lo contrario, que los empleados no tienen vínculo directo alguno con las mencionadas compañías, sino con la demandante, quien según los mismos contratos, es quien asume toda la responsabilidad. Además sobre el contribuyente pesa la obligación legal de denunciar la totalidad de sus ingresos obtenidos por prestación de servicios, honorarios y comisiones. Por tanto la partida adicionada por la Administración era un ingreso propio de la demandante, quien ha debido declararlo en la forma que establece el art. 15 del Decreto 2053 de 1974, independientemente que pueda afectarse con deducciones y gastos.

ADICION DE INGRESOS/COSTOS/DEDUCCIONES

La partida adicionada debe ser afectada con los correspondientes costos y deducciones, que no son otros que los que aparezcan fehacientemente comprobados dentro del proceso. Sobre el particular se deduce que las sumas objeto de adición fueron utilizadas por igual valor, para el pago de salarios y prestaciones y por ello sin mayor análisis aceptó como deducible la totalidad de la suma adicionada, pa-

sando por alto que, como consecuencia de la comprobación de que los ingresos fueron propios, quedó desvirtuada la presunción de veracidad de la declaración, y que en tal caso a la actora le correspondía probar el monto de las deducciones y el cumplimiento de los respectivos requisitos.

DEDUCCIONES–Requisitos/**COSTOS**–Requisitos/**RETENCION EN LA FUENTE**–Consignación

Para la procedencia de la deducción por honorarios, de conformidad con el art. 16 numeral 16 del Decreto 81 de 1984 la contribuyente estaba obligada a adjuntar a la declaración de renta la prueba señalada en la disposición. La sociedad no aportó a la declaración los correspondientes recibos, que habiendo sido solicitados por la Administración en el requerimiento especial, a la actora le correspondía la carga de la prueba de la retención. Para demostrar que se efectuó la retención, la sociedad aportó la relación consolidada de retenciones en la fuente. Sin embargo, encontrándose condicionado el reconocimiento de la deducción a la prueba de la retención mediante los recibos de consignación, que no fueron aportados como anexo a la declaración, en la discusión gubernativa, ni como prueba mejorada ante la jurisdicción, se estima que no pueden aceptarse estas deducciones.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5283. Actor: La Nacional de Servicios Limitada. "Naser Ltda.". Impuesto Renta. Fallo.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la actora, y el representante de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 12 de octubre de 1993, mediante la cual anuló parcialmente los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre la renta a cargo de la sociedad LA NACIONAL DE SERVICIOS LTDA., por el año gravable de 1984.

ANTECEDENTES

Previos Requerimiento Ordinario 0971 del 20 de agosto de 1986 y Especial 1051 de diciembre 10 de 1986, la Administración de Impuestos –Personas Jurídicas de Bogotá–, produjo la Liquidación de Revisión 000515 del 28 de julio de 1987, mediante

la cual efectuó las siguientes modificaciones a la liquidación privada de la actora: 1. Adicionó los ingresos brutos declarados por prestación de servicios, honorarios y comisiones en cuantía de $72'392.377, correspondiente a la diferencia con los certificados por las empresas respectivas así: Valor pagado $83'134.049, valor declarado $10'741.672, valor omitido $72'392.377. 2. Desestimó por falta de retención en la fuente pagos por honorarios por $1'492.251, intereses por $62.010 e impuso sanción por inexactitud.

Inconforme con la liquidación la sociedad interpuso recurso de reconsideración en el cual manifestó que:

1. No hubo omisión de ingresos pues éstos aparecen declarados como Ingresos Recibidos para Terceros en el renglón 186 del formulario en cuantía de $73'193.374 sobre los cuales acompañó a la declaración un anexo de 22 páginas. Explicó que en virtud de contratos celebrados con la Compañía Colombiana Automotriz y Colmotores –de los cuales anexó fotocopias auténticas– la sociedad factura el valor de los salarios y prestaciones pagados a los trabajadores de cada empresa, más un porcentaje como retribución por el servicio prestado, el cual corresponde al declarado como ingresos por prestación de servicios en el renglón 156 del formulario.

Que de acuerdo con los respectivos contratos, la sociedad debita a cuentas por cobrar los salarios y prestaciones pagados y abona a la misma cuenta las nóminas facturadas. Que sobre dichos salarios pagados por cuenta de las empresas se pagan los aportes parafiscales cuyos certificados acompaña, en los cuales consta que se pagaron salarios por $52'750.761. Agregó que en los ingresos recibidos para terceros figuran las prestaciones sociales pagadas a los trabajadores y los mismos aportes parafiscales, con lo cual se completan los $73'193.374.

Adujo que aun en el evento de que los mayores ingresos fueron tomados como tales, resultarían deducciones por el mismo valor sobre los pagos de sueldos, prestaciones, etc., con lo cual no hay lugar a aumentar los ingresos, puesto que existen deducciones aceptables por la misma cuantía.

2. En relación con los honorarios, manifestó que la deducción no podía ser rechazada por cuanto sobre ésta se pagó la retención correspondiente en la forma como aparece en el renglón 140 de la declaración, que el pago se comprobó mediante fotocopia de las respectivas planillas. Respecto de los intereses explicó que los mismos fueron pagados en cuantía que no exigía retención en la fuente para el año de 1984. Finalmente, impugnó la sanción por inexactitud.

Mediante Resolución 0121 del 28 de noviembre de 1988, la División de Recursos Tributarios desató el recurso interpuesto, confirmando la liquidación oficial, por las siguientes razones:

1. Previo examen de los contratos se establece que el personal que la sociedad suministra para prestar servicios de seguridad y vigilancia son empleados de ésta y están subordinados jurídicamente mediante contrato de trabajo (cláusula 6 contrato con Colmotores). Que en la cláusula 8 del contrato se especifica que NASER es el patrón del personal que suministra, sin que llegue a establecerse solidaridad entre la contribuyente y Colmotores por tales obligaciones. De donde dedujo que el valor de la nómina es el valor del contrato, sin que ello signifique que este ingreso sea para terceros.

En relación con el tratamiento como deducción de los respectivos pagos, señaló que ello implicaría corrección o modificación de los factores de la declaración tributaria, lo cual solamente es posible dentro del término de los dos meses siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar (art. 71 de la Ley 9a. de 1983).

2. Sobre los rechazos por concepto de pagos de honorarios por no haberse acreditado la retención en la fuente, se mantuvo, porque no se allegaron los recibos oficiales que acreditan su pago y porque las fotocopias de las relaciones anuales de retención que anexa carecen de valor probatorio conforme lo disponen los artículos 253 y 254 del C.P.C.

Acerca de los intereses, mantuvo el rechazo por cuanto el literal d) del artículo 10 del Decreto 2026 de 1983, estableció los porcentajes de retención sobre los pagos o abonos en cuenta por concepto de intereses. Que la exoneración de retención por cuantía mínima diaria se refiere a pagos por intereses del sistema UPAC y por entidades vigiladas que tuvieren por objeto intermediar en el mercado de rendimientos.

Consecuencialmente, confirmó la sanción por inexactitud.

LA DEMANDA

Oportunamente acudió la sociedad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos, a los cuales acusó de ser violatorios de diferentes disposiciones sustantivas y procedimentales y cuyo concepto de violación estructuró en ocho cargos formulados a través de la demanda inicial y su corrección, así:

1. Adición de ingresos por valor de $72'392.377. Manifestó que la sociedad en la declaración de renta por el año gravable de 1984 denunció que había recibido

ingresos para terceros en cuantía de $73'193.374 (renglón 186) y que al efecto acompañó un anexo de 22 hojas en el cual indicó el nombre y nit de las entidades de quienes recibió los valores correspondientes, así como la identificación de las personas para quienes los recibió. Que en la etapa gubernativa explicó que estos ingresos se originaban en el hecho de administrar parcialmente las nóminas de algunas empresas, por lo que consideraba que tales valores no eran ingresos propios sino recibidos para las personas y entidades que precisamente conformaban las nóminas administradas. Adujo que el objeto social de la actora era el de administrar nóminas.

Agregó que el hecho de que conforme a los contratos celebrados la sociedad asumiera el carácter de patrono, sólo quería significar que todos los riesgos de orden laboral fuesen asumidos por la sociedad; pero que al estipularse la forma de pago en todos los convenios se precisó que el cliente asumía el costo total de las nóminas de los empleados y que como retribución del servicio, a la actora se reconocería un porcentaje liquidado sobre tales valores.

Que por lo anterior puede afirmarse que lo recibido por la sociedad para atender los gastos de las nóminas no era un ingreso propio sino un ingreso recibido para terceros, que de conformidad con los artículos 15 y 17 del Decreto 2053 de 1974, no formaba parte de la depuración de su base gravable en el impuesto sobre la renta.

Sostuvo que el hecho de que en los certificados de retención en la fuente no se discriminara lo pagado a la sociedad, distinguiendo la naturaleza de los pagos y que por tanto se indicara que la retención se había practicado sobre el total y no sobre la parte correspondiente a la retribución, no es prueba de que lo afirmado no sea cierto, ni que la totalidad fuere ingreso propio. Que lo que prueba el certificado es el monto de la retención practicada, mas no que ésta se haya practicado sobre la base que debía ser ni con el porcentaje que ordena la ley.

Que la sola certificación no desvirtúa la presunción de veracidad de que goza la declaración de la sociedad.

Argumentó que al haber adicionado la Administración los ingresos brutos de la sociedad, sin contar con plena prueba que indicase que lo recibido era en verdad ingresos propios, violó los artículos 15 y 17 del Decreto 2053 de 1974, 30, 32 y 33 de la Ley 52 de 1977 y al imponer la sanción por inexactitud los artículos 49 y 50 del Decreto 3803 de 1982.

2. La adición de los ingresos y la determinación de una renta líquida gravable por igual valor violó los artículos 15 y 17 de Decreto 2053 de 1974, 30, 31, 32 y 46

de la Ley 52 de 1977, 64 y 71 de la Ley 9a. de 1983, 2o. numeral 5o. del Decreto 3410 de 1983, 2o., 4o. numeral 5o. del Decreto 80 de 1984, 18 del Decreto 3139 de 1984 y 4o. C.P.C. por cuanto la sociedad identificó plenamente a cada uno de los beneficiarios de los ingresos, que la Administración los tomó como ingresos propios del contribuyente; pero que negó el derecho a que puedan ser considerados como deducción, estimando que ello implicaría una corrección a la declaración, en esa oportunidad ya extemporánea.

Arguyó que la afirmación que hace el contribuyente en cuanto que recibió para terceros envuelve dos factores: el primero, qué recibió, de quiénes y cuánto. El segundo, los pagos que hizo a los terceros para quienes recibió. La Administración glosó lo primero y se negó a considerar lo segundo. Que si lo que recibió el contribuyente no era para tercero, sino ingresos propios, no serían sumas pagadas de lo recibido para ellos sino gastos propios del contribuyente y por tal razón deducciones de la renta bruta. Señaló que para hacer esta consideración, la Administración no necesitaba acudir a la corrección o modificación de la declaración por parte del contribuyente, sino reconocer la existencia de estas deducciones, por igual valor al que ella consideró como ingreso bruto del contribuyente.

Agregó que si se hubieran reconocido las deducciones, no se habría impuesto sanción por inexactitud, al no existir omisión, ni mucho menos mayor valor del impuesto por tal razón.

3. Imposición de sanción por inexactitud en cuantía de $26'063.416. Violación de los artículos 49 y 50 del Decreto 3803 de 1982.

Fundó este cargo en la existencia de discrepancias entre la Administración y la actora acerca de la calificación jurídica de los ingresos, motivo por el cual no hay lugar a imponer la sanción por inexactitud. Que el contribuyente no dejó de informar que había recibido tales valores, que por el contrario los informó como recibidos, que por tanto no hubo omisión.

4. Rechazo de deducciones por valor de $1'492.251. Violación de los artículos 12 de la Ley 38 de 1969, 71 y 72 del Decreto 3803 de 1982, 18, 20 y 21 del Decreto 81 de 1984, 16, numeral 15, del Decreto 80 de 1984 y 18 del Decreto 3139 de 1984.

Manifestó que la sociedad presentó oportunamente la relación consolidada de las retenciones en la fuente, con discriminación de los beneficiarios y adjuntó copia de los correspondientes recibos de pago de tales retenciones. Y que de conformidad con el artículo 24 del Decreto 80 de 1984, no estaba obligada a enviar nuevamente con la declaración de renta copia de los recibos de pago de

estas retenciones para cumplir la exigencia del artículo 16, numeral 16 del Decreto 80 de 1984.

Que si la prueba del pago reposaba en poder de las oficinas de la Administración desde el 28 de febrero de 1985, y no era necesario acompañarla nuevamente con la declaración tributaria, mal podía desestimar unas deducciones con el pretexto de no tener la prueba que ya poseía.

Que era suficiente buscar en los archivos de la Administración la relación anual consolidada para incorporar al expediente administrativo la respectiva prueba.

5. Rechazo de deducciones por valor de $1'554.261. Hizo consistir el cargo en que el artículo 154 del Decreto 2503 de 1987 derogó la sanción de desconocimiento de costos y deducciones respecto de las irregularidades en materia de retenciones en la fuente por honorarios e intereses. Que el rechazo de deducciones por no practicar, consignar o probar oportunamente la retención en la fuente, es una sanción a la luz de los artículos 12 de la Ley 38 de 1969, 72 del Decreto 3803 de 1982 y 21 y 23 del Decreto 81 de 1984, que conforme al artículo 154 del Decreto 2503 de 1987 fue derogada, motivo por e cual las conductas anteriores a su expedición quedan libres de la sanción al desaparecer ésta. Pidió a su favor la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional en concordancia con el 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, disposiciones a su juicio aplicables al campo tributario, por así disponerlo el artículo 375 del E.T. y tener las normas sancionatorias tributarias las características propias de una sanción penal.

6. Adición de ingresos y sanción por inexactitud. Frente a este punto que estructura sobre argumentos similares a los expuestos para los cargos el primero, segundo y tercero, agrega que la determinación adoptada por la Administración genera un mayor valor de la obligación a cargo del contribuyente que excede en más de 14 veces el capital de la sociedad, que respecto a la situación económica de la compañía puede calificarse de confiscatoria, pues en tal virtud deberá entregar todos sus bienes al fisco en aras de satisfacer el valor establecido oficialmente.

Sostuvo que conforme a los artículos 30 y 34 de la Constitución, se garantiza el derecho de propiedad y se esté la imposición de la pena de confiscación, so pretexto de dar cabida a normas de menor jerarquía que establecen la forma de determinar los ingresos gravables, la base gravable y la sanción por inexactitud, que en el caso que se debate se debe dar aplicación al artículo 215 de la Constitución, a fin de reconocer el imperio de sus artículos 30 y 34 sobre las normas legales de carácter tributario.

7. Beneficio de Auditoría. Manifestó que la sociedad al presentar su declaración de renta expresamente dijo acogerse al beneficio de autoría consagrado en los artículos 9 y 10 del Decreto 3139 de 1984, aplicable para el año gravable de 1984 dad que la actora cumplió los requisitos exigidos en las normas citadas para gozar del mismo, por cuanto: a) El impuesto a su cargo del año gravable de 1984, creció en más de un 23% con relación al del año de 1983. El impuesto de 1983 fue de $187.679, en tanto que en 1984 fue de $525.722. b) Este impuesto representa más del 0.5% de los ingresos netos declarados que fueron de $12'473.190, y c) La declaración fue presentada con firma de contador público.

Agregó que la actuación gubernativa guardó absoluto silencio sobre la procedencia del beneficio a favor de la sociedad. No señala que se haya seguido el procedimiento especial de selección a que alude el artículo 10 del Decreto 3139 de 1984, pues solamente se hace referencia al requerimiento ordinario, lo cual denota cómo la Administración no hizo selección alguna para llegar a la investigación con fundamento en la cual practicara la liquidación de revisión.

Aclaró que tenía derecho al beneficio al cumplir las condiciones requeridas y no encajar en ninguna de las excepciones previstas en el parágrafo del artículo 10 del Decreto 3139 de 1984 para que no operara el beneficio. Por lo cual se siguió un procedimiento distinto al legalmente previsto para la expedición de los actos acusados.

8. Reconocimiento de retenciones en la fuente practicadas a la sociedad en cuantía de $286.550. La Administración sólo reconoció retenciones en la fuente por valor de $597.446, que arroja una diferencia de $286.550 con respecto a la suma invocada por la contribuyente en cuantía de $883.996. Que el requerimiento especial ni la liquidación de revisión contienen proposición o explicación alguna sobre el no reconocimiento de la totalidad de las retenciones, con violación de los artículos 42 y 57, ordinales 2 y 4 de la Ley 52 de 1977. Explicó que al parecer la Administración no tuvo en cuenta el certificado expedido por Colmotores S.A., de fecha 12 de abril de 1985, con un total de retenciones precisamente igual a la diferencia no reconocida $286.550. Solicitó entre otras pruebas, la práctica de una inspección judicial a la contabilidad de la sociedad.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado de la Nación se hizo parte para oponerse a las pretensiones de la demanda. Luego de efectuar un resumen de la demanda, en el cual transcribió apartes de la misma y del contenido del requerimiento especial, manifestó que el apoderado de la actora se limitó a exponer cada uno de los cargos contra la actuación administrativa y a relacionar las disposiciones que a su modo de ver fueron violadas; pero sin concretar como lo exige el artículo

137, numeral 4o. del C.C.A. en qué consiste la violación, ésto es su concepto. Que por tal motivo, es procedente que el Tribunal se inhiba de hacer un pronunciamiento de fondo.

1. En relación con los cargos de la demanda, sostuvo que las razones expuestas tanto en el requerimiento especial, como en la liquidación oficial, no han sido desvirtuadas por el apoderado de la sociedad. Que se está ante una situación estrictamente probatoria y en tal sentido le corresponde a la sociedad demostrar que la suma de $72'392.377 son realmente ingresos recibidos a nombre de terceros. Que ello es así porque la Administración en la etapa gubernativa demostró que la suma discutida había sido recibida por la sociedad y para ella. De manera que la presunción de veracidad que ampara la declaración tributaria quedó desvirtuada, porque en la vía gubernativa quedó establecido que los ingresos no fueron para terceros.

Adujo que en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración al analizar los contratos celebrados entre la actora y las sociedades Colmotores y Compañía Colombiana Automotriz, se expresó que: "... encuentra el despacho que de acuerdo con la cláusula sexta del primero de estos documentos, el personal que NASER suministrará para prestar servicios de seguridad y vigilancia serán empleados de ésta y le estarán subordinados jurídicamente mediante contrato de trabajo". Por lo anterior, dice el opositor, no se entiende cómo mediante una regulación como la que se transcribe en un contrato, se puede alegar, mucho menos demostrar que los ingresos que recibió bajo esas condiciones contractuales correspondan a otro contribuyente.

Arguyó que la Administración le hizo ver al contribuyente un hecho que éste no ha desvirtuado y que comprueba que lo recibido es ingreso propio, consistente en que en el renglón 278 del formulario de declaración afecta el impuesto a su cargo con las retenciones que le efectuaron las sociedades, sobre el total y no solamente sobre la parte correspondiente a la retribución de la sociedad.

2. En relación con el segundo cargo, expresó:

> "Sobre este punto debo ser categórico en el sentido de que es totalmente improcedente lo que pretende la parte actora en el sentido de que se acepte como deducción los pagos que hizo a terceros y a quienes había informado como destinatario de los mismos. Esta situación está comprendida dentro de lo que anteriormente se dijo de que lo discutido se reducía a una cuestión probatoria, puesto que la Administración le demostró al contribuyenye que los ingresos no eran para un tercero, y en consecuencia éste debía demostrar lo contrario, sin que la actuación de la Administración conlleve a la conclusión que pretende el memorialista

de que si no se aceptan como ingresos para terceros, se acepten como deducción. Esta conclusión no tiene fundamento jurídico, no es el objeto de la controversia, no es lógica y tal como lo afirmó la Administración, puede entenderse como una corrección hecha extemporáneamente sin que ello signifique que si lo hubiese solicitado oportunamente la petición procediera; ella de plano es improcedente porque el pago no tiene la naturaleza de una deducción.

"No es posible aceptar en este caso la presunción de veracidad no solo por lo que antes expuse en el sentido de que la Administración la desvirtuó, sino porque esa partida no se declaró como deducción, luego si ese factor no aparece en el denuncio fiscal, mal puede hablarse de presunción de veracidad" (fls. 135 a 136).

3. Acerca de la sanción por inexactitud, consideró que de conformidad con el artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 "constituye inexactitud sancionable la omisión de ingresos... susceptibles de gravamen...". En alusión al segundo inciso de la disposición, sostuvo que no hay diferencia de criterio, pues se trata de que la Administración estableció que los ingresos declarados para un tercero correspondían a la sociedad actora, que toda la controversia ha girado alrededor de este punto, luego una situación que ha sido objeto de tanto análisis y estudio, no puede ser sometida a la jurisdicción con el argumento de que se trata de diferencia de criterio sobre la naturaleza del ingreso, pues la Administración estableció que se trata de ingresos propios del contribuyente que no fueron declarados y ello constituye una omisión sancionable.

4. Respecto a este cargo, previa transcripción del artículo 16, numeral 16 del Decreto 80 de 1984, manifestó que la exigencia de acompañar copia o fotocopia de los recibos de consignación de las retenciones que fue cumplida por el contribuyente en la vía gubernativa, ni ahora en la etapa jurisdiccional. Agregó que las relaciones presentadas por la sociedad el 28 de febrero de 1985, no están debidamente autenticadas y carecen de la información que exige el artículo 18 del Decreto 81 de 1984, esto es, la relación acompañada de copia de los respectivos recibos de consignación de las retenciones.

5. Sobre este cargo de rechazo de deducciones, se remitió a lo expuesto para el cargo anterior. Que los artículos 21 y 23 del Decreto 081 de 1984, están vigentes y que no es cierto que hayan sido derogados por el artículo 154 del Decreto 2503 de 1987. Agregó que el rechazo de las deducciones no está previsto en la ley fiscal como una sanción sino como la consecuencia del incumplimiento de retener, por lo cual mal se puede dar el tratamiento de favorabilidad que la ley consagra para las sanciones y que se pueda oponer a otra prevista en la ley como más favorable.

6. En este punto manifestó que mal puede hablarse de confiscación y mucho menos aceptarse violación de la Constitución, puesto que ello equivaldría a aceptar que los contribuyentes bajo el pretexto de que no se les grave con lo que legalmente les corresponde, presenten declaraciones sin el lleno de los requisitos que permitan a la Administración ejercer su facultad de fiscalización y que ello fue lo que sucedió en el caso que se discute, pues la Administración adicionó unos ingresos, desestimó unas deducciones e impuso una sanción, es decir, determinó el gravamen a cargo de la actora que ante esa realidad no se ve cómo puede hablarse de confiscación.

7. Sobre este cargo –beneficio de auditoría– propuesto en la adición de la demanda, manifestó el apoderado de la Nación, que el Tribunal debe inhibirse para un pronunciamiento de fondo porque de un lado, no se expresó el concepto de violación y de otro no existió agotamiento de la vía gubernativa, pues el mismo no fue objeto de discusión en dicha etapa.

A renglón seguido expresó algunas consideraciones acerca de la excepción de inconstitucionalidad propuesta para algunas previsiones del artículo 10 del Decreto 3139 de 1984 y concluyó manifestando que en el caso discutido no se trata solamente del rechazo de costos y deducciones, sino también de adición a la renta, situación no cobijada por el beneficio de auditoría de acuerdo al art. 15 del Decreto 3410 de 1983 y que lo mismo es aplicable para el rechazo de deducciones por falta de retención en la fuente.

8. Acerca de este cargo reiteró lo expuesto para el anterior, en materia de ausencia de agotamiento de la vía gubernativa.

Finalmente, se opuso a la práctica de las pruebas solicitadas con la corrección de la demanda, pues la corrección no conlleva la oportunidad para solicitar nuevas pruebas.

SENTENCIA

Mediante sentencia del 12 de octubre de 1993, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1 y 2. En relación con los dos primeros cargos de la demanda, estimó que del texto de los respectivos contratos, así como de las retenciones en la fuente, no queda duda de que la suma discutida, así hubiera sido cancelada a la actora en cumplimiento de los contratos para el pago de las nóminas de los clientes, constituyó un ingreso propio de la sociedad y así ha debido declararlo para su depuración, conforme lo dispone el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974.

Consideró, sin embargo, que el hecho de haber declarado la sociedad la partida en cuestión en forma errónea, como un ingreso para terceros, no excluye el derecho de la contribuyente a que le fueran tenidos en cuenta los pagos a terceros constitutivos de deducción y que fueron debidamente discriminados en su declaración de renta con el cumplimiento de los requisitos formales para su aceptación.

De otra parte sostuvo que la sociedad desde la respuesta al requerimiento ordinario ha insistido en que los ingresos discutidos fueron utilizados para el pago por igual valor de salarios y prestaciones con ocasión de los servicios prestados a sus clientes. Que como obraban en los antecedentes administrativos (fls. 25 a 55 lápiz rojo) las relaciones de salarios y prestaciones sociales, han debido ser tenidas en cuenta en el proceso de depuración de la base.

Que por tanto la Administración no podía limitarse a proponer la adición por el ingreso propio, sin requerir además a la contribuyente para que demostrara su afirmación y la procedencia de tales deducciones a fin de depurar el ingreso, conforme lo dispone el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974. Además observó el *a-quo* los certificados sobre aportes parafiscales (fls. 17 a 20 Cdno. Ant.), que corroboran la realidad de dichos gastos.

También tuvo en cuenta las pruebas acompañadas al dictamen pericial, consistentes en los respectivos contratos en los que consta que el precio de éstos fue determinado por el valor de los salarios y prestaciones sociales y por la comisión de la sociedad.

Concedió la razón a la actora en cuanto estos documentos no pueden tener valor solamente a efecto de determinar el mayor valor de los ingresos, sino que también prueban la existencia de los correspondientes egresos.

3. Como consecuencia de la prosperidad de este cargo, levantó la sanción por inexactitud, impugnada en el cargo tercero.

4. Acerca del rechazo de deducciones por valor de $1'492.951, por honorarios por no acreditar la retención en la fuente, desestimó el cargo porque no es suficiente la relación de retenciones en la fuente, para la procedencia de la deducción, ya que el numeral 16 del artículo 16 del Decreto 80 de 1984, exige copia o fotocopia autenticada de los recibos de pago, sin que baste la simple relación de los mismos.

5. Rechazo de deducciones por valor de $1'554.261. Para desestimar la aplicación del principio de favorabilidad invocado por la actora, por haber sido derogada la sanción por el Decreto 2503 de 1987, artículo 154, se apoyó el

Tribunal en reiterada jurisprudencia de esa Corporación y del Consejo de Estado, según la cual el principio de favorabilidad consagrado expresamente en materia penal no es aplicable a las sanciones de carácter fiscal consagradas en las normas tributarias por tratarse de dos materias diferentes y especiales y que el mencionado principio rige solamente para lo penal.

6. Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado rechazó el cargo de confiscatoriedad por cuanto el mayor gravamen y la aplicación de sanciones correspondientes a la infracción de las normas fiscales que regulan la determinación de los tributos no constituyen penas con las cuales se infrinjan los artículos 30 y 34 de la Constitución.

7 y 8. En relación con estos cargos, relativos al beneficio de auditoría y desconocimiento de retención en la fuente en cuantía de $286.550, se inhibió para pronunciarse de fondo, por cuanto sobre los mismos no se efectuó agotamiento de la vía gubernativa, en la forma como lo sostuvo el apoderado de la Nación.

APELACION

Presentaron escrito de apelación la actora y la parte demandada, sobre los siguientes puntos:

LA ENTIDAD DEMANDADA

Adición de ingresos por valor de $72'392.377.

Previa transcripción de las consideraciones del *a-quo,* se refirió el apoderado de la Nación a los hechos de la demanda, frente a los cuales sostuvo que no hay referencia a la calidad de deducible que pudiera tener la partida que por valor de $72'392.377 adicionó la Administración, como consecuencia de la demostración de que para la actora la suma constituía un ingreso omitido en la declaración de renta.

Agregó, que los hechos en la forma como aparecen en la demanda dan cuenta concreta de que la pretensión de la actora desde la vía gubernativa se encaminó a buscar el reconocimiento de que la cantidad discutida fue recibida para terceros; que por eso no es acertada la sentencia cuando afirma, para justificar el reconocimiento de las deducciones, que reiteradamente la sociedad insistió en la etapa gubernativa que la suma la utilizó para el pago por igual valor de salarios y prestaciones causados con ocasión de los servicios a los clientes.

Sostuvo que dentro de las deducciones declaradas por la sociedad no está comprendida la partida que como tal reconoció el Tribunal, que la aceptación de la deducción rompe con el principio de igualdad de las partes porque "siendo que ese punto

no fue pretensión esencial en la vía gubernativa y cuando tangencialmente en la etapa la sociedad lo mencionó le fue desestimado por corresponder a una corrección... la sentencia lo acoge como prevalente en la discusión sometida a su decisión, y procede a reconocer una deducción a todas luces improcedente".

Que la sentencia argumentó dos situaciones ajenas al caso como son, que la sociedad oportunamente aportó la relación de los pagos efectuados, sin especificar en qué consistió esa oportunidad, que en manera alguna podía darse por cuanto la sociedad al no incluir en su declaración de renta deducciones por ese valor, sólo podía hacerlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar, conforme al artículo 71 de la Ley 9a. de 1983. Y que por eso también es válida la manifestación de la Administración de no atender el reconocimiento de unas deducciones planteadas cuando había vencido la oportunidad legal al contribuyente y también a la Administración para controvertirlas, compararlas y analizarlas con lo que sobre el mismo punto denunciaran los beneficiarios.

Adujo que no es cierto, como lo sostiene la sentencia, que a folio 58 numerador verde de los antecedentes la sociedad haya insistido en que los ingresos discutidos fueron utilizados para el pago por igual valor de salarios y prestaciones causadas con ocasión de los servicios prestados a los clientes. Como tampoco es cierto que a folios 25 a 55 lápiz rojo de los antecedentes, obren las relaciones de los salarios y prestaciones sociales ya que los folios citados hacen referencia a hechos distintos y ajenos.

Después de insistir sobre la no deducibilidad de los ingresos omitidos, se refirió a los contratos, explicó que de ninguna manera su contenido puede extender sus efectos a terceros, como el Estado, que por esa razón la relación procesal entre la Nación y la actora no tiene porqué regularse en esos contratos. Que si se permitiese que los contribuyentes presentaran sus denuncios fiscales en la forma que cada uno quisiera, apartándose de la normatividad reguladora en cada situación fiscal, imperaría el desorden y el caos.

Afirmó que la sentencia rompe el principio de igualdad entre las partes al aceptar que el acuerdo entre los contratantes, sea causa suficiente para el reconocimiento de unas deducciones "que el ordenamiento legal tributario no consagra como tal".

Estimó que la decisión tomada en la sentencia eventualmente justifica: que lo que fiscalmente constituye un ingreso por tener todos sus elementos, pierda esa naturaleza para convertirse simultáneamente en una deducción por el mismo valor; que se atenta contra el principio de eventualidad según el cual si en la declaración de renta los contribuyentes que no denuncian sus costos y deducciones pierden el derecho a pedirlos posteriormente y menos aún en la discusión gubernativa o la jurisdiccional y, por esa misma razón la Administración ve menguada su función de fiscalización porque ya ha precluido la oportunidad para verificiarlos.

Agregó que la figura propuesta por la sociedad permite deducir de la renta bruta el valor del servicio; que quien hace el pago por el servicio lo solicite como deducción de su renta bruta y que quien preste el servicio a quien le hicieron retención, disminuya su impuesto con la retención proveniente de lo que a su vez es deducible para él y para un tercero.

Finalmente manifestó que como consecuencia del reconocimiento que efectúa la sentencia de ser la suma discutida un ingreso de la actora debe mantenerse la sanción por inexactitud impuesta.

LA ACTORA

Rechazo de deducción en cuantía de $1'492.951 por concepto de honorarios

Aparte de remitir el fundamento del recurso a lo expuesto en la demanda, sostuvo que la deducción es procedente por cuanto está acreditado en el expediente que la sociedad presentó la relación de retenciones en la cual discriminó todos y cada uno de los recibos con los cuales consignó las retenciones en la fuente.

El segundo punto motivo de apelación fue el relacionado con el rechazo de retención en la fuente por valor de $286.550, frente al cual manifestó que está acreditado que la cifra corresponde a retención que le fue practicada por Colmotores sobre una base de $28'655.049.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad procesal presentaron escrito de conclusión los apoderados de la actora y de la Administración. El primero reiteró lo expuesto en la sustentación del recurso e insistió en que se deben aceptar tanto la retención no tenida en cuenta como la deducción por honorarios, por cuanto a su juicio se halla acreditado el derecho respectivo.

El apoderado de la Administración, luego de oponerse a la prosperidad del recurso de la actora, insistió en la calidad de ingresos propios de la suma discutida. Que la sociedad se abstuvo de declararlos en su denuncio rentístico. Que tampoco saneó la inconsistencia dentro del término previsto en el artículo 71 de la Ley 9a. de 1983.

Enfatizó que en el renglón 251 de la declaración MENOS DEDUCCIONES REALIZADAS, se anotó un total de $9'505.680 suma que se debe restar de la renta bruta, que por eso no pueden aceptarse mayores deducciones, toda vez que en la declaración no se solicitaron ni tampoco se presentó corrección de la misma.

Que permitir que se haga en forma extemporánea y arbitraria una nueva depuración de la renta vulnera directamente las normas sobre oportunidad, competencia y circunstancias. Y lo más grave a juicio del apelante es que implica el desconocimiento del concepto legal de deducciones al equipararlas con el de ingresos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. ADICION DE INGRESOS POR VALOR DE $72'392.377

Del informativo se establece que la Administración de Impuestos adicionó al total de ingresos brutos declarados por la actora la suma de $72'392.377 por concepto de servicios, honorarios y comisiones y que corresponde a la diferencia con los pagos certificados por las respectivas empresas, asi:

Entidad pagadora	Concepto	V/Pagado	V/Declarado	V/Omitido
COLMOTORES S.A.	Servic.	28'655.049	2'446.857	26'208.192
COLMOTORES S.A.	Servic.	792.646	-----	792.646
ENVASES ROK S.A.	Honorar.	29.300	1.110	28.190
ALMABANCO	Servic.	725.274	35.268	680.006
KAPITOL LTDA.	Servic.	15'914.825	3'982.718	11'932.107
GENERAL MOTORS	Servic.	3'209.339	321.367	2'887.972
CARACOL S.A.	Honorar.	1'607.679	189.476	1'418.203
CORP. IND. AER.	Servic.	170.350	98.865	71.485
CIA. COL. AUT.	H. y Ser.	32'029.587	3'666.011	28'363.576
SUMAN		83'134.049	10'741.672	72'392.377

Desde la vía gubernativa la actora ha sostenido que estos ingresos se originaron en el hecho de administrar parcialmente las nóminas de las empresas pagadoras, por lo que consideraba que los valores adicionados no fueron ingresos propios sino recibidos para el pago de las nóminas administradas.

De los contratos celebrados entre la actora y varios de sus clientes como Colmotores, destaca la Sala algunas de sus cláusulas así:

> "CLAUSULA QUINTA. **NASER se compromete para con COLMOTORES a prestarle los servicios de seguridad, vigilancia de oficinas** y otros de cualquier naturaleza en las **instalaciones de COLMOTORES** y otros sitios que COLMOTORES señale, **mediante el suministro de personal** legal, moral y físicamente hábil para desempeñar tales funciones. **El número de personas que constituye el personal a suministrar,** lo mismo

que las condiciones que deban reunir, serán determinadas en cada requerimiento de personal que COLMOTORES debe hacer a NASER **en cada una de las ocasiones que solicite sus servicios, durante el desarrollo de este contrato y en la forma que aquí se pacta.** CLAUSULA SEXTA. **El personal mencionado en la cláusula anterior será de empleados de NASER y será subordinado a esta compañía jurídicamente.** Por consiguiente, dicho personal deberá ejecuta directa y personalmente las labores que NASER le señale en su contrato de trabajo y en el desarrollo del mismo. Sin embargo, **NASER delega en COLMOTORES la facultad de controlar directamente el trabajo de dicho personal** y la de impartirle órdenes, así como toda otra que se facilite a COLMOTORES ejercer en nombre de NASER por razón del tipo de servicios que prestará ese personal así como por la localización del mismo. **CLAUSULA OCTAVA. Por ser NASER el patrón del personal que suministrará a COLMOTORES, correrán a su cargo las obligaciones de orden laboral que correspondan a los respectivos contratos individuales de trabajo que celebre** con cada una de las personas que suministre **a COLMOTORES sin que para ésta surja responsabilidad alguna por tal concepto y sin que llegue a establecerse solidaridad entre NASER y COLMOTORES por tales obligaciones. En consecuencia, NASER tendrá a su cargo la incorporación de dicho personal al ISS, al SENA, al ICBF y demás que correspondan por ley, así como el cumplimiento de las demás disposiciones laborales que la ley establece".**

Cláusulas similares fueron pactadas entre la actora y la Compañía Colombiana Automotriz, Caracol, Kapitol, etc.

Así mismo, conforme al cerfificado de constitución y gerencia expedido por la Cámara de Comercio, obrante al folio 22 Cdno. Ppal., se establece que el objeto social de la actora es **"La prestación remunerada de servicios de vigilancia privada** y protección de bienes muebles e inmuebles, personas naturales o jurídicas, escoltas, transporte de valores y demás actividades afines". Para el desarrollo de ese objeto social, dentro de las facultades del representante legal, se encuentran las siguientes: "D. Nombrar y remover los empleados de la sociedad cuyo nombramiento y remoción no correspondan a la junta general; E. **Nombrar y remover el personal a contrato que para cada actividad prevista en el objeto de la sociedad,** indiquen las circunstancias relacionadas con la buena marcha de la sociedad..." (fl. 23 Cdno. Ppal.). De donde se deduce que el objeto social de la actora no es el de administrar nóminas.

De otra parte, en el contrato celebrado con Kapitol, cuyas cláusulas son semejantes a las pactadas con otras empresas, se expresa el valor del contrato de suministro que celebran, así como la forma de pago. En otros contratos (Colmotores, C.C.A.)

consta que el valor del contrato es la suma de los salarios y prestaciones sociales más un 15% como retribución.

Así mismo, encuentra la Sala que examinado uno de los contratos que celebra la actora con sus trabajadores, inequívocamente en ellos se precisa que el contratante, vale decir, el patrono es LA NACIONAL DE SERVICIOS NASER LTDA., por tanto no puede aceptarse la posición de la demandante en el sentido de que simplemente es una administradora de nóminas ajenas.

El hecho de que el valor de los salarios sea un factor determinante del precio de los contratos no implica que la actora sea solamente un tercero intermediario en las relaciones entre los trabajadores y las empresas con las que la demandante contrató los servicios, pues palmariamente se establece todo lo contrario, que los empleados no tienen vínculo directo alguno con las mencionadas compañías, sino con la demandante, quien según los mismos contratos, es quien asume toda la responsabilidad.

Aserto que se refuerza con la lectura de la cláusula cuarta del contrato con Colmotores, en la forma como fue renovado en noviembre de 1982, que expresa: "En los términos del artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, NASER es y tiene el carácter de contratista independiente y como tal tiene el carácter de patrono del personal que suministre..." lo cual es concordante con el contenido del artículo 34 del C.S.T., disposición que da carácter de verdaderos patronos y no de intermediarios a las personas que contraten la prestación de servicios en beneficio de terceros.

La Sala está de acuerdo con las consideraciones expresadas por la Administración y el *a-quo*, acerca de la obligación legal que pesa sobre los contribuyentes de denunciar la totalidad de sus ingresos obtenidos por prestación de servicios, honorarios y comisiones. Por tanto la partida adicionada por la Administración era un ingreso propio de la demandante, quien ha debido declararlo en la forma que establece el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, independientemente que pueda afectarse con deducciones y gastos. En efecto, el hecho de que dichos ingresos total o parcialmente, hayan sido invertidos en el pago de compensaciones por servicios personales, no autoriza a la sociedad contribuyente a omitir el informe sobre los respectivos ingresos y expensas, pues tal proceder constituye una irregularidad sancionable. Así mismo la forma de contabilización de ingresos propios, como recibidos para terceros, no refleja en forma clara y completa la situación de los negocios de la actora y dificulta la depuración de la respectiva renta.

Se observa que el dictamen pericial solicitado y practicado en la primera instancia, es ineficaz para controvertir las glosas en que se fundamentó el incremento rentístico a la actora. En efecto, el mismo expresa, **que el ingreso real de NASER LTDA. está constituido por las comisiones pactadas previamente** en los contratos y relacionadas en la declaración de renta en el anexo No. 6, como honorarios recibidos

que tienen un valor de $10'911.984. Añada el dictamen que "el renglón 186 de la declaración fue diseñado técnicamente por los funcionarios del Ministerio de Hacienda para contribuyentes que prestan servicios tales como vigilancia y arrendamiento", fl. 3, Dictamen.

Así mismo, en la forma como lo observó la Administración, las retenciones en la fuente que le practicaron las empresas de las cuales derivó sus ingresos la demandante, fueron solicitadas por ésta como parte de pago del impuesto en el renglón 278 de la declaración, hecho que permite inferir lo siguiente: a) Que las empresas contratantes al momento de obrar en su calidad de agente retenedor entendieron que el ingreso para la actora lo constituía la totalidad de los pagos efectuados, y no una parte, y b) Que la actora al imputar la retención a su impuesto lo disminuye con las sumas que le fueron retenidas con lo cual ella misma reconoce así que éstas corresponden a ingresos propios.

Por lo anterior no le asistió razón a la actora al pretender que la suma que constituye un ingreso por razón de las actividades o servicios que presta, se acepte como ingresos para terceros, ésto es, para los vigilantes que ella contrata para prestar los respectivos servicios.

En opinión de la Sala, es reprochable la forma irregular de declarar adoptada por la actora, pues del plenario quedó establecido que los mal llamados ingresos para terceros constituyen ingresos propios que obtuvo la actora por prestación de servicios en desarrollo de su objeto social.

En relación con el cargo que efectúa el señor apoderado de la Nación a la sentencia, la que a su juicio es incongruente, por cuanto se ocupó con alcance dispositivo del tema de las deducciones, que no formaban parte esencial de la relación jurídica procesal, sino que fueron tangencialmente propuestas por la actora, estima la Sala que por el contrario, el tema de la depuración de los ingresos con las deducciones a reconocer si formó parte del debate gubernativo y jurisdiccional. En efecto, si bien la pretensión central de la actora se encaminó a buscar la declaración de que los ingresos adicionados eran para terceros, no puede desconocerse que durante todo el debate alegó que destinó los ingresos a pagos de salarios y prestaciones sociales al personal que relacionó en la declaración a título de 'ingresos a terceros'.

Así mismo no puede haber fallo extra petita porque aparte de lo expresado, si la declaración de renta permitió adicionar los ingresos, fue también ella la que suministró la información acerca de los egresos. Por tanto, no podía tomarse como prueba en un solo sentido, sin consideración a su contrapartida.

Además, el proceso gubernativo como el jurisdiccional tienen por objeto determinar el tributo con el cual los contribuyentes deben aportar para satisfacer las cargas de la

Nación, luego no puede aceptarse la alegada corrección extemporánea de la declaración para oponerse a la depuración de la renta a fin de establecer la verdadera situación jurídico tributaria de la actora y la cuantificación del impuesto correspondiente.

En consecuencia, las pruebas que sirvieron para adicionar como mayores ingresos la partida de $72'392.377, también permiten observar que existen deducciones imputables a dichos ingresos, aun cuando la forma en que fue presentada por la contribuyente la suma discutida (ingresos para terceros) en su denuncio rentístico, pueda dificultar la determinación correcta del valor de las deducciones. Aspecto éste que ha debido ser objeto de investigación en la vía guberantiva, pues efectivamente la Administración desde el Requerimiento Ordinario 0971 del 20 de agosto de 1986, solicitó a la actora explicar los motivos que tuvo para llevar a ingresos recibidos para terceros la suma discutida, pidió el cuadro de nómina discriminado con identificación y concepto de los pagos, así como los certificados de aportes parafiscales (fl. 12, lápiz rojo, Cdno. Ant.). La contribuyente en su respuesta suministró las informaciones necesarias para que la Administración efectuara las correspondientes verificaciones y cruces.

Por lo anterior, comparte la Sala la posición del *a-quo,* en el sentido de que la partida adicionada debe ser afectada con los correspondientes costos y deducciones, que no son otros que los que aparezcan fehacientemente comprobados dentro del proceso.

A este respecto observa la Sala, que el Tribunal simplemente afirmó, sin comprobación alguna, que las sumas objeto de adición fueron utiliazdas **por igual valor,**para el pago de salarios y prestaciones, y por ello sin mayor análisis, aceptó como deducible la totalidad de la suma adicionada, pasando por alto que, como consecuencia de la comprobación de que los ingresos fueron propios, quedó desvirtuada la presunción de veracidad de la declaración y que en tal caso a la actora le correspondía probar el monto de las deducciones y el cumplimiento de los respectivos requisitos.

Llama la atención de la Sala que el dictamen pericial, a pesar de contener graves imprecisiones, no fue objetado. En efecto, dicen los peritos que "según el estudio de los contratos y facturas, establecimos que a los clientes se les cobra el valor de los sueldos, prestaciones, aportes parafiscales... y además la comisión pactada, **los $73'193.374 M/CTE.,** corresponden a los **pagos efectuados por la Nacional de Servicios Ltda., al personal que trabaja para sus clientes en el área de vigilancia,** según contratos que obran dentro del expediente" (fl. 3 Dictamen). No se explica la Sección cómo en el experticio se coincidió con la suma declarada por la contribuyente como pagos a terceros ($73'193.374) cuando en éste no fueron tenidas en cuenta las sumas correspondientes a empresas tales como Almabanco y Envases Rok, que sí fueron incluidas por la actora en su anexo de pagos a terceros.

Igualmente afirma la demandante que a Almabanco le corresponden $538.114 y en el dictamen no se relacona suma alguna. La misma situación se presenta con Envases Rok. En el caso de Provencol, la contribuyente dice que la partida es de $367.229 y el dictamen determina que es de $703.693.

Además se observa, que en un sinnúmero de casos las partidas discriminadas en el anexo y las presentadas de manera individual por los peritos no coinciden; pero el total sí. Por ejemplo, la contribuyente relaciona en su anexo de pagos a terceros por cuenta de Colmotores la suma individual de $285.777 valor que para el dictamen es de $235.777; en otra partida la actora dice que es de $233.075 y el dictamen que de $253.075, etc., inconsistencia ésta que se observa en más de 15 partidas.

Por tanto, la Sala valorará la prueba pericial integrándola con los datos del contribuyente y demás pruebas obrantes en el proceso, conforme a las reglas de la sana crítica pero llama la atención del H. Tribunal sobre la criticable labor desarrollada por los peritos señores OSWALDO PALACIO SILVA con Matrícula 65-T y JULIO ENRIQUE VENEGAS GALINDO, Matrícula 17771-T.

De acuerdo a lo expresado, únicamente se tendrán en cuenta los valores adicionados y sobre ellos sus correspondientes deducciones, vale decir, las atribuibles a los ingresos por empresa, toda vez que sobre los pagos efectuados por entidades tales como Provencol y Caja de Vivienda Militar **no hubo adición alguna de ingresos** a la actora y por lo tanto no es posible efectuar detracción por concepto de salarios y prestaciones imputables a las mencionadas entidades, por falta de relación de causalidad.

Igualmente, se aclara que el dictamen pericial atribuyó gastos por concepto de salarios y prestaciones a las siguientes compañías: Industrias Kapitol, Compañía Colombiana Automotriz, Colmotores, General Motors, Caracol, Corporación Industria Aeronáutica Colombiana, Caja de Vivienda Militar, de donde se concluye que los valores adicionados por cuenta de pagos efectuados por Envases Rok y Almabanco no tienen deducciones que les sean atribuibles.

Después de analizar el acervo probatorio, la Sala aceptará las siguientes deducciones en relación con los ingresos adicionados, para lo cual tendrá en cuenta las reglas sobre necesidad, causalidad y proporcionalidad de las deducciones, así:

Empresa	**V/Omitido**	**Salarios y prestaciones imputables**
COLMOTORES	27'000.838	21'874.227
ENVASES ROK	28.190	----
ALMABANCO	680.006	----

Empresa	V/Omitido	Salarios y prestaciones imputables
KAPITOL	11'932.107	9'312.835
GENERAL MOTORS	2'887.972	1'256.627
CARACOL	1'418.203	1'131.771
RES. IND. AERONAUTICA	71.485	----(*)
CIA. COL. AUTOMOTRIZ	28'363.576	24'885.543
VALOR PAGOS QUE SE RECHAZAN POR FALTA DE IDENTIFICACION DE LOS BENEFICIARIOS (FLS. 2 Y 7 DICTAMEN)		(2'084.814)
SALARIOS QUE SE ACEPTAN	**72'382.377**	**56'376.189**

(*) Se observa que tanto la contribuyente como los peritos certifican salarios en cuantía de $116.301, lo cual es a todas luces desproporcionado con el valor adicionado y por lo tanto se rechaza en su totalidad.

Deducción por aportes parafiscales.

En el dictamen pericial (fl. 7, Cdno. 1, Peritazgo) se da cuenta de los siguientes pagos:

I.C.B.F.	$ 1'070.247
CAFAM	$ 3'210.412
I.S.S.	$ 7'335.733
TOTAL	**$11'616.392**

Los certificados obrantes a folios 17 y siguientes lápiz rojo cuaderno de antecedentes, contienen valores por concepto de aportes parafiscales, así:

I.C.B.F.	$1'055.027
CAFAM	$2'110.028
SENA	$1.055.014
I.S.S.	$4'847.267
TOTAL	**$ 9'067.336**

Aceptará la Sala la anterior suma de $9'067.336 (art. 61, Decreto 187 de 1975) pero previas las siguientes detracciones:

– $336.562. Esta cantidad ya fue deducida de los ingresos declarados como propios por la actora (fl. 60 lápiz rojo, Cdno. Ant.).

– $47.535. Esta cantidad corresponde a aportes parafiscales cancelados con ingresos que no fueron objeto de depuración, tales como Envases Rok y Almabanco.

En conclusión, la Sala aceptará como aportes parafiscales deducibles la suma de $8'683.239 y como salarios deducibles la suma de $56'376.189, o sea un total de **$65'059.428.**

2. RECHAZO DE DEDUCCION POR HONORARIOS POR $1'492.951

Observa la Sala que la sentencia mantuvo el rechazo de la deducción por concepto de honorarios pagados por la actora, por cuanto ésta no acreditó haber efectuado la retención en la fuente, mediante el envío de los recibos de consignación de las sumas retenidas.

El artículo 16, numeral 16 del Decreto 80 de 1984, consagra:

"Para efectos del reconocimiento de los costos y deducciones que correspondan a los conceptos **objeto de retención en la fuente, se deberá adjuntar copia o fotocopia auténtica de los recibos de consignación de tales retenciones"** (destaca la Sala).

Es evidente que para la procedencia de la deducción, de conformidad con la norma transcrita, la contribuyente estaba obligada a adjuntar a la declaración de renta la prueba señalada en la disposición. La sociedad no aportó a la declaración los correspondientes recibos, que habiendo sido solicitados por la Administración en el requerimiento especial, a la actora le correspondía la carga de la prueba de la retención.

Para demostrar que se efectuó la retención, la sociedad aportó la relación consolidada de retenciones en la fuente. Sin embargo, encontrándose condicionado el reconocimiento de la deducción a la prueba de la retención mediante los recibos de consignación, que no fueron aportados como anexo a la declaración, en la discusión gubernativa, ni como prueba mejorada ante la jurisdicción, estima la Sala que no pueden aceptarse estas deducciones. Por tanto, habrá de mantenerse el rechazo.

3. DESCONOCIMIENTO DEL PAGO DE RETENCIONES EN LA FUENTE POR $286.550.

En relación con este punto, examinado el expediente observa la Sala, que a folios 30 (lápiz rojo) del cuaderno de antecedentes, obra certificado expedido el 12 de abril

de 1985 por la Fábrica Colombiana de Automotores S.A. COLMOTORES S.A., NIT: 60.002.304, en el cual consta:

> "QUE DURANTE EL AÑO GRAVABLE DE 1984 EN LA CIUDAD DE BOGOTA, A LA NACIONAL DE SERVICIOS, CON NIT 60.043.730, SE LE PAGARON POR CONCEPTO DE SERVICIOS LA SUMA DE VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y NUEVE PESOS M/CTE **($28'655.049.oo)** Y SOBRE DICHA SUMA SE LE PRACTICO RETENCION EN LA FUENTE DEL 1% POR DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE ($286.550.oo)".

Con fundamento en dicho certificado, que además sirvió de base a la Administración para adicionar los ingresos objeto de discusión, considera la Sala que el mismo es apto para probar también la retención en la fuente, por tanto da prosperidad al cargo.

4. SANCION POR INEXACTITUD

Consecuencialmente con lo decidido en el punto relativo a la omisión de ingresos, la sanción por inexactitud se rebajará proporcionalmente a los ingresos efectivamente adicionados.

Por lo tanto, se impone practicar una nueva liquidación que quedará así:

RENTA

La gravada en la Liquidación de Revisión No. 00515 del 28 de julio de 1987	$ 76'916.148
Menos: Deducciones aceptadas	65'059.428
Renta Gravable	11'856.720
Impuesto (18%)	2'134.209
Menos: Descuentos Tributarios	3.480
Impuesto Neto	2'130.729
Menos: Descuento por renuncia a corregir	5.310
Impuesto a Cargo	2'125.419
Más: Sanción por INEXACTITUD (s/7'332.949) $1'319.930: diferencia impuestos x 200%	2'639.861
Total a Cargo	4'765.280
Pagos: Retenciones en la fuente reconocidas según liquidación oficial	597.446
Más: Retención que se acepta	286.550
	883.996
Saldo por Pagar o Acreditar	$ 3'881.284

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. En su lugar y de conformidad con la liquidación consignada en la parte motiva de esta providencia, **FIJASE** en la suma de CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS ($4'765.280) M/CTE., el valor del impuesto sobre la renta correspondiente al año 1984, a cargo de la sociedad LA NACIONAL DE SERVICIOS LTDA. "NASER LTDA." NIT: 60.043.730.

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.

Gullermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DISTRIBUIDOR DE COMBUSTIBLE/BASE GRAVABLE/MARGEN DE COMERCIALIZACION/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

De la lectura atenta de una de las resoluciones del Ministerio de Minas se encuentra que en ella se fija en $1.000 por galón el transporte de gas en el tramo del poliducto comprendido entre Mannsilla y Puente Aranda, de donde se deduce que la resolución no contiene cifras y explicaciones que permitan efectuar el cálculo y mucho menos establece de manera concreta el margen de comercialización, como sí lo hace otra resolución de 1991. Luego como el Gobierno no fijó el margen bruto de comercialización y dada la dificultad de establecerlo, lo cierto es que el Gobierno no lo determinó y es claro que la concreción y cuantificación del derecho está supeditada al cumplimiento de dicho presupuesto. La exigencia de la fijación por parte del Gobierno Nacional del margen bruto de comercialización no es un simple formalismo, sino un requisito *sine qua non* para gozar del beneficio de la base gravable especial y es por tanto materia relativa a la sustencia del impuesto mismo, y condición de fondo para materializar el derecho de la actora.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., junio tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5317. Actor: Compañía Bogotana de Gas. C/Santafé de Bogotá, D.C. Industria y Comercio - Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de octubre de 1993, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron

el impuesto de industria y comercio a cargo de la sociedad COMPAÑIA BOGOTANA DE GAS S.A., por el año gravable de 1988, vigencia de 1989.

ANTECEDENTES

Previa investigación y requerimiento la Dirección de Impuestos Distritales practicó la Liquidación Oficial 2540 del 22 de noviembre de 1990, mediante la cual modificó los valores de la declaración relativos a base gravable por venta de combustible, rechazó descuentos por valor de $584.564 e impuso sanción por inexactitud.

En desarrollo de los recursos, dicha liquidación fue confirmada por las Resoluciones números 440 y 493 de 1991, quedando agotada la vía gubernativa con esta última, emanada de la Junta Distrital de Hacienda.

Incoada la acción contenciosa, la actora solicitó la nulidad de los actos administrativos, por cuanto a su juicio se produjo una liquidación oficial nula, porque el requerimiento no fue formulado en debida forma, dado que omitió expresar los puntos que la Administración se proponía modificar y las razones para ello.

De otra parte, adujo que la Administración negó el derecho de la sociedad a ser gravada únicamente sobre el margen bruto de comercialización fijado por el Gobierno. Igualmente, impugnó la sanción por inexactitud impuesta en los actos oficiales.

Citó como disposiciones violadas los artículos 42, 47, 44 y 53 del Acuerdo 21 de 1983; artículos 33, parágrafo 3o. de la Ley 14 de 1983 en concordancia con el 19 del Acuerdo 21 de 1983; 6, 121, 123, 124 y 230 de la Constitución Nacional; 2 del C.C.A.; Resoluciones 003824 del 27 de diciembre de 1987 y 004406 del 28 de diciembre de 1988 emanadas del Ministerio de Minas y Energía y del Acuerdo 11 de 1988, Código 203 sobre clasificación de actividades.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las pretensiones de la demanda. En primer lugar estimó, previa transcripción del Requerimiento 1028 del 8 de agosto de 1990, que la Administración dio cabal cumplimiento a las exigencias legales sobre el particular.

En relación con el punto de fondo, esto es, la pretensión del accionante de que el margen bruto de comercialización del gas propano, fue fijado por el Gobierno mediante las resoluciones dictadas por el Ministerio de Minas y Energía, manifestó que:

> "Tal afirmación no corresponde a la realidad, como acertadamente lo analiza la Administración tanto en la actuación surtida en la vía gubernativa como en esta instancia. Dichas resoluciones, cuyas copias obran a folios 43 a 46 no hacen otra cosa que establecer "los precios del Gas Propano (GLP.) para uso doméstico".

Estos actos determinan en su artículo 1o. los precios del Gas Propano entregado a domicilio. Y en el artículo 2o. los precios del mismo producto entregado a Plantas de Distribuidores o terminales. Sostiene pues la actora que de las dos situaciones referidas emerge el margen bruto de comercialización, apreciación inexacta, puesto que tal margen sólo puede ser determinado en forma concreta e inequívoca mediante decisión expresa emanada del Gobierno y no puede por lo tanto deducirse de meras apreciaciones subjetivas como lo pretende el demandante. Este, por otra parte, admite que el margen bruto de comercialización no fue fijado en las aludidas resoluciones cuando alude a la Resolución No. 3 2813 de diciembre 13 de 1991, manifestando que en este acto el Ministerio de Minas y Energía, "finalmente sí determina expresamente el margen al distribuidor, estableciendo exactamente la misma diferencia de idénticos factores: es decir, tal como lo hizo mi Representada –y todo el sector– por el año gravable de 1986".

Consecuencialmente, mantuvo la sanción por inexactitud.

De la decisión discrepó la Magistrada María Inés Ortiz, quien estimó que con base en los artículos 2o. y 3o. de la resolución se deduce el margen de comercialización tomando el precio por galón entregado en la planta de distribución o terminales y el de las ventas a carrotanques "si se tiene en cuenta que la actora es un distribuidor mayorista, motivo por el cual no se puede tomar como precio el del gas entregado a domicilio, precio del cual podría deducirse el margen de comercialización del distribuidor minorista".

LA APELACION

El recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la demandante se encamina a expresar su desacuerdo con la sentencia, porque el derecho consagrado en favor de los contribuyentes en el artículo 19 del Acuerdo 21 de 1983, ha de entenderse en sentido material y no meramente formal. Al efecto se apoya en el artículo 228 de la Constitución que consagra el principio de primacía del derecho sustancial. Estimó, que la actuación administrativa violó en forma flagrante el mandato Constitucional al negar un derecho que ha sido concedido por la ley al contribuyente, apoyándose de manera formal y ligera en la afirmación de que el derecho se perdió porque el Ministerio de Minas omitió establecer expresamente el margen bruto de comercialización del gas propano.

Adujo que, por el contrario, la resolución sí lo establece cuando en su artículo 1o. fija los precios de venta y en el 2o. el precio del galón entregado por Ecopetrol a la planta de distribución con la correspondiente estructura de precios-galón. Señaló que "El margen bruto fácilmente se determina estableciendo la diferencia entre el costo de venta de Ecopetrol como productor y el precio de venta al consumidor fijado por el Ministerio de Minas y Energía. Tal como quedó plenamente demostrado en la demanda,

este fácilmente se extrae con absoluta precisión de la información contenida en la resolución".

Finalmente, manifestó su acuerdo con lo expresado en el salvamento de voto, en el sentido de que en la resolución se establece de manera implícita el margen y que no aplicarlo implica que la contribuyente deba pagar sobre ingresos que se encuenrtan excluidos del tributo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La entidad demandada al alegar de conclusión, se opuso a la prosperidad de la apelación pues la resolución del Ministerio de Minas no hace otra cosa que establecer "los precios del gas propano (GLP) para uso doméstico", que las resoluciones indican en su artículo 1o. los precios del gas entregado a domicilio y en el artículo 2o. los precios del mismo producto entregado a plantas de distribuidores o terminales.

Que no es cierto que de estas dos situaciones emerge el margen bruto de comercialización, pues este sólo puede ser determinado en forma concreta e inequívoca mediante decisión expresa emanada del gobierno y no puede deducirse de simples apreciaciones como lo pretende el demandante, quien además admite que el margen no fue fijado en las aludidas resoluciones.

MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado ante la Jurisdicción solicita la confirmación de la sentencia apelada. Previo análisis del artículo 19 del Acuerdo 21 de 1983, estimó que la resolución 003824 no contiene las explicaciones o cifras que permitan deducir el "margen bruto de comercialización", que este acto únicamente indica los precios de los cilindros de 100, 40 y 20 libras en diferentes ciudades del país. Solicitó levantar la sanción por inexactitud pues no se presentó inclusión de datos incorrectos, incompletos o inexactos, pues la sociedad simplemente partió de cifras que no han sido tachadas de incorrectas para establecer un margen de comercialización que no acepta la Administración por no haber sido autorizado por el Gobierno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demandante ha sostenido desde la vía gubernativa, que con fundamento en la Resolución 003824 del 27 de diciembre de 1987, determinó su margen bruto de comercialización para las ventas de gas propano así:

Ventas brutas en el período	$283'420.694
Devolucionse en ventas de gas	(3.000)
Margen bruto para la comercialización fijado por el Gobierno para el período	(64'066.417)
Precio de costo pagado a los proveedores	219'351.277

Esta última cifra de $219'351.277, corresponde a aquélla que la actora consideró era deducible de la base gravable y en consecuencia declaró como ingreso sujeto al impuesto de industria y comercio por concepto de ventas de gas, la diferencia de $64'066.417. La Dirección Distrital de Impuestos no aceptó la forma de determinación de la base gravable efectuada por la actora, manifestando que la suma discutida constituía una "deducción improcedente en razón a que el Gobierno no ha fijado el margen bruto de comercialización del gas propano que permita la depuración de la base gravable en los términos de los artículos 16 y 19 del Acuerdo 21 de 1983".

La lectura atenta de las resoluciones del Ministerio de Minas permite a la Sala estar de acuerdo con lo decidido por el *a-quo,* pues en verdad la Resolución 3824 del 27 de diciembre de 1987 "por la cual se establecen los precios del gas propano (GLP) para uso doméstico", determina en su artículo 1o. los precios del gas entregado a domicilio en cilindros de 100, 40 y 20 libras y en carrotanques. En el artículo 2o. fija los precios por galón de gas propano entregado a plantas de distribuidores o terminales y el artículo 3o. fija el precio para ventas a carrotanques en Mansilla y en otros sitios de entrega. En el artículo 4o. fija en $1.oo por galón el transporte de gas en el tramo del poliducto comprendido entre Mansilla y Puente Aranda. De donde se deduce que la resolución no contiene cifras y explicaciones que permitan efectuar el cálculo, y mucho menos establece de manera concreta el margen de comercialización aludido, hecho que es admitido por la actora, como sí lo hace la Resolución 2813 del 30 de diciembre de 1991, que a manera de ejemplo trae la demandante, en la cual expresamente establece el margen de comercialización así: **"Margen al distribuidor por venta en:** Carrotanque, cilindro de 45 kg., cilindro de 18 kg., etc." (fl. 54).

No es punto de discusión el derecho de la actora a la base gravable especial fijada por la Ley 14 de 1983, artículo 33, parágrafo 3o., y el artículo 19 del Acuerdo 21 de 1983, el aspecto que ha originado la *litis* consiste en que el Gobierno no fijó el margen bruto de comercialización para el período de 1988 y la resolución en la que se apoya la demandante, ha dado pie para que esta afirme que la base gravable se establece de los artículos 1o. y 2o., en tanto que la Magistrada que salvó el voto, dice que las bases se establecen de conformidad con los artículos 2o. y 3o., posiciones que dan cuenta de la dificultad para deducir el margen, pues lo cierto es que el Gobierno no lo determinó y es claro que la concreción o cuantificación del derecho de la actora está supeditada al cumplimiento de dicho presupuesto.

En relación con la prevalencia del derecho sustancial invocado por la actora, entiende la Sala que la exigencia de la **fijación por parte del Gobierno Nacional del margen bruto de comercialización,** no es un simple formalismo, sino un requisito *sine qua non* para gozar del beneficio de la base gravable especial y es por tanto materia relativa a la sustancia del impuesto mismo, y condición de fondo para materializar el derecho de la actora.

Encuentra la Sala que la sociedad estableció su margen de comercialización por la diferencia entre el precio de costo de los productos vendidos y el precio de venta, procedimiento que no es el indicado. Sobre este aspecto reitera la Sala lo expuesto en sentencia del 30 de agosto de 1991, expediente No. 3183:

> "... tuvo razón el Distrito Especial de Bogotá al no aceptar el planteamiento inicial de la compañía demandante de pretender establecer su gravamen a base de la diferencia entre ingresos por venta de combustibles y el respectivo costo, pues si bien esa operación arroja como resultado la utilidad bruta obtenida en la venta, esa no es la base gravable específicamente señalada por la Ley 14 de 1983 en el parágrafo 3o. del artículo 33 y repetida en el artículo 19 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo Distrital que es "sobre el margen bruto fijado por el Gobierno para la comercialización de los combustibles". No son conceptos iguales ni equivalentes. La determinación correcta de la base gravable de estos contribuyentes implica que se ciñan en forma estricta a los términos de ley demostrando mediante copia auténtica de las respectivas resoluciones del Ministerio de Minas cuál ha sido el margen señalado para cada producto y luego los ingresos de cada uno de estos con respaldo en su contabilidad que desde luego debe cumplir con las formalidades y técnica que consagran las distintas normas a las cuales está sujeta la contabilidad".

En relación con la sanción por inexactitud, estima la Sala que la misma no puede levantarse por cuanto la sociedad determinó incorrectamente la base gravable, lo que dio origen a un impuesto menor del que debe pagar.

Por las anteriores razones habrá de confirmarse 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.

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.

DEDUCCION TEORICA/AJUSTE POR INFLACION/COSTO FISCAL/ SUSPENSION PROVISIONAL

El análisis comparativo del art. 354 del estatuto tributario (art. 15 del Decreto 1744 de 1991) y de la norma acusada art. 21 del Decreto 2075 de 1992, permite ver claramente que el reglamento sí introdujo para determinar si es procedente la deducción teórica, un concepto distinto no previsto en la norma reglamentada, pues señala que para efectos de la sumatoria de los activos no monetarios debe partirse de su costo fiscal, expresión esta utiliza no contemplada en la norma reglamentada. No resulta válida para efectos de desvirtuar la suspensión provisional, la tesis de que para todos los efectos de la aplicación del sistema de ajuste integrales por inflación parte la ley categóricamente del concepto de costo fiscal, lo que implicaría hacer un análisis y repaso de las distintas disposiciones que regulan la materia para determinar el sistema, parte del concepto de costo fiscal, labor de investigación y verificación de la cual seguramente podrá obtenerse una consecuencia importante, pero que escapa a las características de la suspensión provisional en la etapa de la admisión de la demanda.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., junio tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Ref.: Expediente No. 5465. Actora: Ligia Sarmiento de Peña. Autoridades Nacionales. Auto.

Se decide el recurso de reposición interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada contra el numeral 2o. del Auto del 22 de abril de 1994, en cuanto

decreta la suspensión provisional de la expresión "costo fiscal de" incluida en el 1o. inciso del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992.

EL RECURSO INTERPUESTO

La señora apoderada del Ministro de Hacienda y de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales apela el auto porque la norma acusada no viola el artículo 354 del Estatuto Tributario pues a su juicio definidos por este artículo los factores para determinar tanto la base y la deducción teórica, como el patrimonio líquido y la sumatoria de los activos no monetarios representados en los bienes allí relacionados, pero en cambio, no definido en la misma norma el concepto fiscal que permita su cuantificación, correspondía al reglamento la precisión de los términos que la permitan y, en consecuencia, la precisión hecha en el reglamento acusado referida al costo fiscal como elemento de la cuantificación, no puede entenderse como una modificación de la ley, ni calificarse de manifiesta violación a la misma para sustentar la prosperidad de la suspensión provisional.

Expone que en la aplicación del sistema integral de ajustes por inflación el concepto costo fiscal se involucra en el concepto "costo ajustado por PAAG" que constituye la base de los ajustes integrales por inflación, es decir, que el concepto manejado por la ley para efectos de la aplicación del sistema como se desprende claramente del contenido de las disposiciones legales y reglamentarias que lo gobiernan y concretamente los artículos 330 a 343 del Estatuto Tributario está referido al "costo fiscal". Apreciación que a su entender se confirma con lo dispuesto por el artículo 1o. del Decreto 2591 de 1993, pues sólo para los bienes adquiridos antes de 1992, año a partir del cual se aplican los ajustes integrales por inflación, como mecanismo de transición, se aceptó el valor patrimonial de los activos, a diciembre 31 de 1991.

Aduce que para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios se manejan diferentes acepciones del concepto costos, el que puede diferir según se trate del ámbito comercial, contable o fiscal, razón por la cual era imperativo al reglamento precisar, para efectos de la aplicación del sistema y concretamente para el cálculo de la deducción teórica, el concepto de costo para fines de la sumatoria de los activos no monetarios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como lo precisó la Sala en el auto del 22 de abril del año en curso, el análisis comparativo del artículo 354 del Estatuto Tributario (artículo 15 del Decreto 1744 de julio 4 de 1991) y de la norma acusada artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, permite ver claramente que el reglamento sí introdujo para determinar si es procedente la deducción teórica, un concepto distinto no previsto en la norma reglamentada, pues

señala que para efectos de la sumatoria de los activos no monetarios debe partirse de su costo fiscal, expresión esta última no contemplada en la norma reglamentada.

No resulta válida, para efectos de desvirtuar el auto de suspensión provisional, la tesis de la demandada en el sentido que para todos los efectos de la aplicación del sistema de ajuste integrales por inflación parte la ley categóricamente del concepto de costo fiscal, lo que implicaría hacer un análisis y repaso de las distintas disposiciones que regulan la materia para determinar si el sistema, como dice la recurrente, parte del concepto de costo fiscal; labor de investigación y verificación de la cual seguramente podrá obtenerse una consecuencia importante, pero que escapa a las características de la suspensión provisional en la etapa de la admisión de la demanda.

Adicionalmente para que la consecuencia que resulte de una comparación sea lógica y válida, sería necesario que los términos utilizados fueran equivalentes, lo que a primera vista no parece posible al comparar el concepto de patrimonio líquido (conjunto de bienes por su valor patrimonial) con el concepto de costo fiscal de activos no monetarios y sumatoria de los mismos activos, lo cual podrá analizarse en el curso del juicio, pero no en esta etapa.

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

RESUELVE

No se accede a reponer el Auto del 22 de abril de 1994.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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.

COBRO COACTIVO/ACCION DE LESIVIDAD/REVOCATORIA DIRECTA/ACCION DE COBRO/PRESCRIPCION/SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Habiéndose establecido en el Decreto 2503 de 1987 un procedimiento administrativo especial para el cobro coactivo de las deudas fiscales de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales, se considera que si la Administración Tributaria evidenciaba una flagrante violación de la ley en la expedición de la resolución cuestionada, ha debido acudir a la jurisdicción contenciosa para demandar su propia decisión mediante la acción de lesividad y en modo alguno proceder a su revocación, pues a más de que no aparece demostrado en el proceso que se dan las respectivas causales de que trata el art. 69 del C.C.A., al haberse creado una situación particular y concreta a favor del ejecutado, le estaba vedado a la Administración hacerlo, porque carecía de su consentimiento expreso y escrito. Pero aún partiendo de la supuesta procedencia de la revocación directa de los actos administrativos, resulta a todas luces inadmisible sostener que el transcurso de los cinco (5) años que se computan sin interrupción para efectos de la prescripción de la acción de cobro se pueda considerar como un silencio administrativo positivo.

ACCION DE COBRO/PRESCRIPCION

En el asunto que se debate ocurrió el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción de cobro, por haber transcurrido más de cinco (5) años entre el momento en que la obligación fiscal (impuesto de renta 1978) se hizo exigible y en el que se efectuó la notificación del mandamiento de pago. Asimismo se estima que una vez decretada la nulidad del acto administrativo que ilegalmente, de oficio revocó la resolución cuestionada, se opera en forma inmediata el restablecimiento del

derecho solicitado por el demandante, pues en virtud de los efectos de la sentencia de nulidad, recobra su vigencia la resolución revocada arbitrariamente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5379. Actor: Mariana Arellano de Garcés y otros. Apelación sentencia de 29 de octubre de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (Nulidad acto de revocatoria directa 00001 de julio 17 de 1992 que dejó sin efecto la Resolución 005 de enero 12 de 1989 de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira). FALLO.–

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte actora como por la Administración Tributaria, contra la sentencia de 29 de octubre de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de la Resolución 000001 de julio 17 de 1992 de la División Delegada de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira; acto este por medio del cual se revocó la Resolución 005 de enero 12 de 1989 originaria de este mismo despacho, que declaró probada la excepción de prescripción de la acción de cobro de la obligación fiscal a cargo del señor JORGE GARCES GIRALDO (impuesto de renta año gravable 1978 por $50.674.083), fallecido el día 11 de septiembre de 1988.

ANTECEDENTES

La Sección de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira, mediante auto del 18 de noviembre de 1975 libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de Jorge Garcés Giraldo por la suma de $2.887.057 por concepto del impuesto de renta y complementarios (años gravablse 1970, 1971 y 1972); el anterior mandamiento de pago fue modificado por autos de 1o. de marzo de 1978 y 16 de marzo de 1981 para incluir el cobro de los impuestos de los años gravables 1973, 1974, 1975, 1976 y 1977, todo lo cual asciende a la cantidad de $9.279.638.

El día 6 de julio de 1982 la mencionada Administración de Impuestos de Palmira libró mandamiento de pago al mismo ejecutado por la suma de $50.674.083 por concepto del impuesto de renta del año gravable 1978.

Con el fin de acumular en un solo auto las deudas fiscales a que se refieren los proveídos de marzo 16 de 1981 ($9.279.638) y 6 de julio de 1982 ($50.674.083), la

Sección de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales, en esta misma fecha expidió mandamiento de pago por un valor total de $59.953.719 el cual comprende el cobro del impuesto de renta de los años gravables 1970 a 1978 inclusive.

En vista de que la Sección de Cobranzas de la Administración de Impuestos de Palmira, no accedió a decretar la nulidad de todo lo actuado, solicitada por la parte demandante a partir de la fecha de notificación del mandamiento de pago de fecha 6 de julio de 1982 surtida con el curador *ad-litem*, doctor Flabio Penilla Delgado, con motivo del recurso de apelación interpuesto contra el proveído que la negó, la Sección Cuarta del Consejo de Estado por medio de auto interlocutorio de fecha 26 de agosto de 1988 lo revocó declarando la nulidad de todo lo actuado a partir de la notificación del mencionado mandamiento de pago (diciembre 22 de 1982), pues consideró que el primer auto de mandamiento ejecutivo librado el 18 de noviembre de 1975 por la suma de $2.887.057, el cual acumuló las deudas fiscales por los años gravables 1970, 1971 y 1972, no se notificó al deudor Jorge Garcés Giraldo sino a Dennis Perea Sierra, persona no facultada para recibir tal notificación.

En cumplimiento del auto dictado por el Consejo de Estado, la Sección de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales el día 21 de noviembre de 1988 notificó el mandamiento ejecutivo en cuestión al representante legal de los herederos del señor Jorge Garcés Giraldo, quien propuso dentro del término legal la excepción de prescripción de la acción de cobro con fundamento en el artículo 109 del Decreto 2503 de 1987.

En relación con el mandamiento de pago de julio 6 de 1982, cuyo soporte es la liquidación oficial del año gravable 1978 por la suma de $50.674.083, se precisa que la Administración Tributaria el 10 de agosto de 1981 produjo el acto liquidatorio No. 324, el cual quedó ejecutoriado al no haber interpuesto el contribuyente el recurso de reconsideración dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de notificación.

Así mismo se anota que en vez del mencionado recurso de reconsideración, el contribuyente intentó la revocatoria directa cuyo resultado le fue adverso según lo registra la Resolución 0056 de abril 2 de 1982 de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, al igual que la Resolución 722 de octubre 2 de 1987 de la Dirección de Impuestos Nacionales que conoció en grado de consulta.

Notificado el mandamiento de pago al representante legal de los herederos del ejecutado conforme lo dispuesto el auto interlocutorio de fecha 26 de agosto de 1988 dictado por el Consejo de Estado, como quedó dicho antes, la parte ejecuada en escrito presentado el 12 de diciembre de 1988, propuso la excepción de prescripción de la acción de cobro ante la División de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira a lo cual accedió esta dependencia de la

Dirección de Impuestos por medio de la Resolución 005 de enero 12 de 1989, declarando probada la excepción de prescripción, al considerar básicamente que como la obligación fiscal se hizo exigible a partir de la notificación de la liquidación 324 de agosto 10 de 1981 (no se interpuso recurso de reconsideración), entonces los cinco años a que se refiere el artículo 107 del Decreto-Ley 2503 de 1987 vencieron el 9 de octubre de 1986, es decir transcurrieron 7 años entre la fecha en que se hizo exigible la obligación y la notificación en legal forma del mandamiento de pago (noviembre 21 de 1988) sin que se hubiera presentado causal alguna de interrupción de la prescripción.

Sin embargo, tres años y medio más tarde, oficiosamente, la misma División de Cobranzas con fundamento en los artículos 69, 71, 73 y 74 del Código Contencioso Adimistrativo revocó la mencionada resolución 005 de enero 12 de 1989 por medio de la Resolución 000001 de julio 17 de 1992, argumentando que ante la existencia del trámite de la revocatoria directa que culminó con la expedición de las Resoluciones 056 de abril 2 de 1982 y 722 de octubre 2 de 1987, era evidente que se adelantaba discusión en la vía gubernativa. Que si la situación era así, esto le quita firmeza, seriedad y legalidad a los argumentos que se invocaron, para obtener, violentando la ley, la decisión de PRESCRIPCION. Lo anterior de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto Legislativo No. 398 de 1983, que en su tenor literal dice: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 del Decreto 3803 de 1982, el término de la prescripción a que se refiere el artículo 77 del mismo decreto, se suspende durante el trámite de impugnación en la vía gubernativa o jurisdiccional, desde la fecha de interposición del primer recurso o acción, o hasta aquella en que adquiera firmeza la resolución o sentencia correspondiente."

La resolución de revocatoria directa No. 00001 de julio 17 de 1992 concluye su argumentación expresando que, si la liquidación de revisión 324 de agosto 10 de 1981 antes de quedar en firme y prestar mérito ejecutivo estaba siendo objeto de discusión en la vía gubernativa que se agotó con la Resolución 0722 de octubre 2 de 1987, esta quedó debidamente ejecutoriada el 11 de noviembre de 1987 (día en que se desfijó el edicto), entonces es a partir de esta fecha que se debe computar el término de prescripción de la acción de cobro y no la que toma la Resolución No. 005 de enero 12 de 1989, pues es un acto completamente contrario a la ley que no puede producir efecto jurídico alguno, de ahí que se hubiera procedido a su revocatoria.

La mencionada resolución de revocatoria directa No. 000001 aparece notificada por edicto desfijado el 11 de agosto de 1992 e indica que conrta ella no procede recurso alguno.

Demanda ante el Tribunal.–

Dentro del término previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el apoderado judicial de los herederos del señor Jorge Garcés Giraldo formuló

demanda de nulidad con restablecimiento del derecho contra la resolución de revocatoria directa No. 000001 de julio 17 de 1992 al considerar que la Resolución No. 005 de 12 de enero de 1989 de la División de Cobranzas y Ejecución Fiscales de la Administración de Impuestos de Palmira, fue expedida conforme a derecho; y que por tratarse de un acto administrativo de carácter particular y concreto no podía ser revocado por la resolución acusada al tenor de los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo.

Surtido el trámite procesal de rigor, el Tribunal mediante sentencia de mérito declaró la nulidad de la Resolución No. 000001 de julio 17 de 1992 expedida por la División Delegada de Cobranzas, de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira, una vez que analizó la naturaleza administrativa de la actuación surtida ante dicha División de conformidad con lo dispuesto por el Decreto-Ley 2503 de 1987, que estableció un procedimiento administrativo coactivo compuesto de actos típicamente administrativos, relievando que aunque la legalidad de la Resolución 005 de 1989 no es objeto de estudio en la sentencia porque no fue demandada; sin embargo anota que siendo un acto administrativo de carácter especial, es decir, con la virtualidad de terminar un proceso administrativo coactivo, amparado de la presunción de legalidad, sólo puede ser desvirtuada mediante el ejercicio de las acciones contencioso administrativas.

En resumen, que por tratarse de un acto administrativo de carácter particular y concreto que define la situación jurídica de un contribuyente que estaba siendo ejecutado fiscalmente, si se consideraba que indebidamente fue fallada la excepción de prescripción propuesta, la Administración Tributaria ha debido, una vez ejecutoriado dicho acto, someterlo a revisión de la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción de lesividad, o adelantar el procedimiento previsto en el Decreto 01 de 1984 para obtener el consentimiento de los beneficiados con la medida y proceder a su revocatoria; circunstancia que no se evidencia en este proceso porque la Administración Tributaria optó por la revocatoria directa sin contar con el consentimiento de los que eventualmente podrían resultar afectados con esta decisión (folios 231/245).

RECURSO DE APELACION

El apoderado de los herederos del señor Jorge Garcés Giraldo apela la sentencia del Tribunal, porque a pesar de haber obtenido la declaratoria de nulidad de la resolución de revocatoria directa No. 000001 de julio 17 de 1992, el Tribunal no accedió a la indemnización de los perjuicios consistentes en el daño emergente y lucro cesante generados por la ejecución del acto administrativo impugnado.

Señala que no está de acuerdo con lo afirmado por el Tribunal en el sentido de que los perjuicios no aparecen probados, pues a folios 63 a 72 del cuaderno de antecedentes

administrativos se registran varios oficios de embargo de varias propiedades de los sucesores del causante, señor Jorge Garcés Giraldo, preguntándose el apelante que, si sacar del comercio la totalidad de los bienes de un grupo familiar, con los efectos materiales y morales que ello implica, no se producen perjuicios imputables a la Nación, entonces no se sabe qué debe ocurrir para que se puedan producir dichos perjuicios. Que su tasación puede requerir otro cálculo posterior es cuestión que podría aceptarse pero que los perjuicios *in genere* deben ser decretados.

Así mismo critica la actuación del Tribunal porque al decretar la nulidad de la Resolución 000001 de 17 de julio de 1992, a su juicio, debió confirmar la Resolución 005 de 1989, pues no comparte el argumento expuesto de que no era procedente ordenar su confirmación en razón de que dicho acto no fue demandado y de ahí que su legalidad no fuese revisada dado que ello implica un exhaustivo análisis de la acción contenciosa pertinente. Precisa que no está de acuerdo con esta apreciación porque a través de todo el proceso administrativo, en la demanda contenciosa, en los antecedentes administrativos y en el alegato de conclusión se ha explicado ampliamente la legalidad de la Resolución 005 de 1989.

De otro lado, el apelante observa que la aludida Resolución 005 no podía ser demandada por los sucesores del señor Garcés Giraldo por la simple razón de que le era favorable. Señala entonces que si el Tribunal consideraba que la Resolución 00001 de julio 17 de 1992 no había atacado la legalidad de la Resolución 005 de 1989, ha debido aclarar en la parte resolutiva de la sentencia que la resolución 005 de 1989 está en firme y nunca ha dejado de producir efectos.

Por lo tanto, pide la revocación parcial del fallo de la *a-quo* y en su lugar se confirme la Resolución 005 de enero 12 de 1989 de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira y se disponga además, el pago de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante generados por la ejecución del acto administrativo impugnado, o la simple práctica de las medidas cautelares que han dejado fuera del comercio los bienes de la sucesión ilíquida (fls. 247/252).

El apoderado de la Administración Tributaria también impugna la sentencia debido a que estima que siendo la Resolución 005 de 1989 un acto administrativo y no jurisdiccional como lo puntualiza la providencia apelada, tal acto era susceptible de ser revocado al tenor del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, pues si bien es cierto que la mencionada Resolución 005 es de carácter particular y concreto que no puede ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito de los respectivos titulares (regla general), también lo es que de acuerdo con la excepción que esta norma contiene, procede su revocación cuando resulta de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69 *ibídem,* o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Discrepa entonces de la sentencia del Tribunal, pues considera que la Resolución 005 de 1989 al conceder la prescripción de la acción de cobro está dando aplicación a un silencio administrativo positivo; en otras palabras, que la misma declaratoria de prescripción no es otra cosa que dar trámite a una figura jurídica del silencio administrativo positivo.

En resumen, que oficiosamente procede la revocación directa dado que se configura la causal primera del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

Además, el apelante reitera que la revocatoria directa es un recurso, si bien de carácter extraordinario, al fin y al cabo recurso si ello es así, estima que la liquidación oficial de revisión no estaba ejecutoriada al haberse interpuesto el recurso de revocatoria directa.

De lo anterior concluye que la interposición oportuna del recurso extraordinario de revocatoria directa sí suspendió el término de prescripción de la acción de cobro, antes de la Ley 6a. de 1992 como ocurre en el presente caso.

Por lo tanto, solicita la revocación de la sentencia del Tribunal para que en esta forma quede en firme el acto administrativo, resolución de revocatoria directa No. 000001 de julio 17 de 1992 (fls. 253/257).

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, descorre el traslado para señalar la incompetencia del Tribunal, porque de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 835 del Estatuto Tributario sólo son demandables ante la jurisdicción delo contencioso administrativa las resoluciones que fallan las excepciones, pues si el acto acusado es la resolución de revocatoria directa, es evidente que el actor únicamente podía demandar ante la jurisdicción la Resolución 0266 de noviembre 13 de 1992 que decidió las excepciones propuestas y en modo alguno el acto administrativo de la revocatoria directa.

En resumen, que el Tribunal no era competente para proferir un fallo de fondo debido a que no hubo agotamiento de vía gubernativa y la resolución de revocatoria directa no podía ser objeto de demanda (fls. 265/269).

También formula alegato de conclusión el apoderado de los herederos del señor Jorge Garcés Giraldo, quien expresa que reitera en su totalidad los argumentos esgrimidos ante el Tribunal y hace hincapié en que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la resolución de revocatoria directa No. 000001 de julio 17 de 1992 efectuada por el Tribunal, se acceda a la segunda pretensión de la demanda,

es decir, se confirme la Resolución 005 de enero 12 de 1989, pues de no hacerlo esta Corporación se deja la situación jurídica de dicha prescripción en un grado de indefinición (fls. 279/280).

Por su parte, la Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación descorre el traslado para alegar de conclusión puntualizando básicamenet sobre la impugnación de la sentencia lo siguiente.

1o.– Que las alegaciones que contiene el memorial de apelación presentado por la parte demandada carecen de todo fundamento jurídico, pues se insiste en la pocedencia de la revocatoria directa de la Resolución 005 de enero 12 de 1989 en la forma como lo hizo la Administración Tributaria, pues se alega una supuesta ilegalidad que no fue sustentada; y además se le da a la petición de revocatoria directa un alcance que no tiene con el fin de postergar en forma indefinida la firmeza de la liquidación de revisión; firmeza que sin duda alguna ocurrió por no haberse interpuesto el recurso de reconsideración que procedía contra ella, a más de que la revocatoria directa no es un recurso que agote la vía gubernativa.

2o.– En cuanto a las peticiones de la parte actora precisa que una vez decretada la nulidad del acto administrativo que ilegalmente revocó de oficio la Resolución 005 de enero 12 de 1989, la cual creaba una situación de carácter particular y concreto en favor del administrado, operó en forma inmediata el restablecimiento del derecho, puesto que la resolución revocada arbitrariamente recobra su vigencia. En resumen, que la Resolución 005 de 1989 que declaró la prescripción de la acción de cobro permanece incólume y produce todos los efectos buscados con su expedición.

Respecto al segundo punto de la apelación formulado por el demandante, precisa que en el libelo se supedita la indemnización al evento en que se ejecute el acto cuya legalidad se impugna y concretamente en el caso en que se dispusiera el pago de la suma supuestamente adeudada. Observa que en el expediente no aparece prueba alguna que permita afirmar que tal condición se dio, motivo por el cual comparte la decisión adoptada por el *a-quo*.

En consecuencia, el Ministerio Público estima que la sentencia merece ser confirmada con la aclaración de que la Resolución 005 de 1989 no requiere confirmación alguna, toda vez que anulado el acto administrativo que la revocó, recobró plenamente su vigencia (fls. 285/292).

CONSIDERACIONES

Según los antecedentes reseñados, la Sección Cuarta de esta Corporación mediante auto interlocutorio del 27 de agosto de 1988 declaró la nulidad de todo lo actuado por la Administración Tributaria (proceso de ejecución No. 0675), a partir de

la notificación del mandamiento de pago de fecha 6 de julio de 1982 librado por la suma de $59.953.719 (títulos, impuesto de renta años gravables 1970 a 1978 inclusive) a favor de la Nación y en contra del señor Jorge Garcés Giraldo en razón de que el primer auto de mandamiento ejecutivo librado el 18 de noviembre de 1975 por la suma de $2.887.057, que acumuló las deudas fiscales por impuesto de renta de los años gravables 1970, 1971 y 1972, no se notificó al deudor Jorge Garcés Giraldo sino a Dennis Perea Sierra, persona no facultada para recibir tal notificación.

Teniendo en cuenta que dentro de la acumulación de deudas fiscales en referencia, el día 6 de julio de 1982 la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira también expidió mandamiento de pago en contra del ejecutado por la suma de $50.674.083 por concepto del impuesto de renta del año gravable 1978, en cumplimiento de lo ordenado por el ordinal segundo del auto de 27 de agosto de 1988 (radicación 2.107) la Sección de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales notificó el día 21 de noviembre de 1988 el mandamiento ejecutivo en cuestión al representante legal de los herederos del señor Jorge Garcés Giraldo quien había fallecido el 11 de septiembre del mismo año.

Notificado el mandamiento de pago y propuesta la excepción de prescripción de la acción de cobro, la División de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira mediante la Resolución 005 del 12 de enero de 1989, encontrándose vigente el Decreto 2503 de 1987, declaró probada la excepción de prescripción, al considerar que ante la no interposición del recurso de reconsideración contra la liquidación oficial de revisión No. 324 de agosto 10 de 1981 (impuesto renta año 1978), la obligación fiscal respectiva se hizo exigible a los 2 meses siguientes de la fecha de notificación (10 de octubre de 1981); y que al no presentarse ninguna causal de interrupción de la prescripción y haber transcurrido siete (7) ños desde la fecha en que la obligación se hizo exigible hasta la de notificación del mandamiento de pago, se decretaba la prescripción de la acción de cobro conforme a lo dispuesto por el artículo 107 del Decreto 2503 de 1987.

Ahora bien, habiéndose establecido en el Decreto 2503 de 1987 un procedimiento administrativo especial para el cobro coactivo de las deudas fiscales de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales, la Sala considera que si la Administración Tributaria evidenciaba por ejemplo, una flagrante violación de la ley en la expedición de la Resolución 005 de 1989, ha debido acudir a la jurisdicción contenciosa para demandar su propia decisión mediante la acción de lesividad y en modo alguno proceder a su revocación, pues a más de que no aparece demostrado en el proceso que se dan las respectivas causales de que trata el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, al haberse creado una situación particular y concreta a favor del ejecutado, le estaba vedado a la Administración hacerlo, porque carecía de su consentimiento expreso y escrito.

Pero aun partiendo de la supuesta procedencia de la revocación directa de los actos administrativos (artículo 69 y s.s. del Código Contencioso Administrativo), resulta

a todas luces inadmisible sostener que el transcurso de los cinco años (5) que se computan sin interrupción para efectos de la prescripción de la acción de cobro se pueda considerar como un silencio administrativo positivo, como lo expresa la División de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales en la resolución de revocatoria directa 000001 de julio 17 de 1992 mediante la cual dejó sin efecto la Resolución 005 de enero 12 de 1989.

Pero también lo es afirmar que el acto de revocatoria directa le quitó firmeza a la liquidación oficial de revisión del año gravable 1978, pues ello constituye una afirmación contraria no sólo a lo preceptuado por el artículo 106 de Decreto 2503 de 1987 acerca de la ejecutoria de los actos administrativos que sirven de fundamento al cobro coactivo, sino también a las normas generales sobre el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, pues como se ha precisado antes, la liquidación oficial de revisión No. 324 de agosto 10 de 1981 al no ser interpuesto el recurso de reconsideración, adquirió firmeza el 10 de octubre de 1991.

Luego si esto es así y el mandamiento de pago en cuestión se notificó legalmente al representante legal de los herederos del ejecutado Jorge Garcés Giraldo el día 21 de noviembre de 1988 conforme a lo preceptuado por el artículo 107 del Decreto 2503 de 1987, es evidente entonces que en el asunto que se debate ocurrió el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción de cobro, por haber transcurrido más de los cinco (5) años entre el momento en que la obligación fiscal (impuesto de renta de 19780 se hizo exigible y en el que se efectuó la notificación del mandamiento de pago.

En consecuencia, la Sala estima que la decisión del Tribunal de instancia fue acertada tanto al anular el acto acusado como al negar la petición de confirmación de la Resolución 005 de enero 12 de 1989 debido a que su legalidad no fue revisada mediante la acción contenciosa correspondiente como lo precisa el *a-quo*.

Sobre el restablecimiento del derecho impetrado, es decir la confirmación de la Resolución 005 de 1989, la Sala estima, del mismo modo que lo hace el Ministerio Público, que una vez decretada la nulidad del acto administrativo que ilegalmente, de oficio revocó la Resolución 005 de 1989, se opera en forma inmediata el restablecimiento del derecho solicitado por el demandante, pues en virtud de los efectos de la sentencia de nulidad, recobra su vigencia la resolución revocada arbitrariamente, es decir la Resolución 005 de enero 12 de 1989.

Por último, como quiera que la parte actora condiciona la declaratoria de indemnización de perjuicios al evento de que se ejecute el acto cuya legalidad se impugna y específicamente, en el caso de que se dispusiera el pago de la suma supuestamente adeudada, la Sala estima que en el expediente no aparece prueba acerca de la ejecución del mencionado acto, del monto del valor pagado y menos aún de la cuantificación y prueba de tales perjuicios, pues el apoderado de la actora se limita a afirmar que se encuentran probados los perjuicios al aportar varios oficios de embargo.

En cuanto a las mencionadas pruebas (folios 63 a 72 antecedentes administrativos) es preciso anotar que no corresponden a las medidas preventivas de embargo y secuestro de derechos y bienes del causante Jorge Garcés Giraldo a que se refiere el mandamiento ejecutivo de julio 6 de 1982 por la suma de $50.674.083 sino a un mandamiento de pago distinto como lo es el distinguido con el No. 0146 de septiembre 2 de 1992 por la suma de $57.436.296, librados ambos por la Sección de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales a favor de la Nación y en contra del mencionado ejecutado.

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 de octubre 29 de 1993 dictada en el proceso 18610 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, declaró la nulidad de la Resolución No. 000001 de julio 17 de 1992 expedida por la División Delegada de Cobranzas, de la Administración Delegada de Impuestos Nacionales de Palmira que revocó la Resolución 005 de enero de 1989 dictada por la misma Administración declarando probada la excepción de prescripción de la obligación fiscal a cargo de Jorge Garcés Giraldo.

2o.- Reconócese personería al doctor Luis Alberto Sandoval Navas de acuerdo con poder visible a folio 270 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.

PAGOS A CASA MATRIZ/DEDUCCION PAGOS AL EXTERIOR-Restricción/**GASTOS DE ADMINISTRACION/DOBLE TRIBUTACION**-Inexistencia/**IMPUESTO DE REMESAS**

Sólo el concepto "honorarios" se halla en relación con las funciones de "administración o dirección" y que de suyo las demás modalidades remuneratorias enunciadas, operan ilimitadamente respecto de la diversa índole de los bienes o servicios suministrados por la matriz u otra filial o subsidiaria. No sobra puntualizar que la equívoca redacción del art. 25 del Decreto Reglamentario 2579 de 1983, en la parte que alude a "comisiones, honorarios y demás gastos de administración o dirección", en nada podría desvirtuar el clarísimo texto del art. 51 de la Ley 9a. de 1983 (o 124 del E.T.) en el cual, únicamente los "honorarios" se hacen figurar como expensas de "administración o dirección". Además el fenómeno de la doble imposición sólo se daría en el evento de la absoluta identidad de sujeto, objeto y causa, esto es, cuando se liquida dos veces el mismo impuesto, sobre el mismo ingreso o activo a cargo del mismo contribuyente, no es cierto que por el hecho de haberse efectuado retenciones y pagado el impuesto de remesas, hubiera tenido ocurrencia dicho fenómeno, toda vez que la retención es un pago anticipado del gravamen de un sujeto distinto del retenedor o de quien hace el pago, en tanto que el de remesas, es un tributo diferente del de renta que causó la retención.

DOBLE TRIBUTACION/PAGOS A CASA MATRIZ/COMISIONES/CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

Frente a la no deducibilidad de los pagos efectuados por la actora por concepto de regalías y comisiones a su casa matriz en el exterior, en desarrollo de contratos de "licencia de uso *Know-How*" y de "agencia

mercantil y promoción de ventas" se dijo en la sentencia No. C-115 en uno de sus apartes: "resulta equivocada la interpretación, de concluir la disposición de una doble tributación en los dos conceptos, que le otorga a la norma acusada un carácter "anormal, injusto, inequitativo y por ende inconstitucional, ya que la doble tributación, que pudiera traducirse en una desigual tasa efectiva de impuestos del 68.8 (30 al no permitirse la deducibilidad del pago; otro 30 a título de impuesto de renta íntegramente retenido en la fuente y 12 sobre el saldo a título de impuesto de remesas íntegramente retenido en la fuente)". En efecto aquella tasa efectiva se reduce al formular reparo a la interpretación del demandante, que desemboca en determinar doble un 30% del mismo impuesto de renta, "porque no se trata de que sobre el valor no deducible se aplique esta tarifa y se determine un impuesto y que además sobre la base gravable se aplique nuevamente la tarifa para determinar el impuesto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 4876. Actor: Sucromiles S.A. Impuestos-Renta-1988. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la sociedad SUCROMILES S.A. NIT: 891.300.959-8, contra la sentencia del 25 de febrero de 1993, por la cual, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado para impugnar las Resoluciones Nos. 055 del 22 de octubre de 1991, y 00002 y 00003 del 13 de enero y 28 de febrero de 1992, a través de las cuales la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca, desestimó la corrección a la declaración del impuesto de renta correspondiente al año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

De los antecedentes administrativos obrantes en el expediente se observa lo siguiente:

La sociedad Sucromiles S.A., presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira, solicitud de corrección a la declaración de renta y patrimonio presentada por el año gravable de 1988, presentada el día 8 de junio de 1989, en el

Banco del Estado-Sucursal Palmira, para incluir deducciones por concepto de asistencia técnica a la sociedad MILES LABORATORIO INC. por valor de $204.364.000, y por convenios de Agencia Mercantil y Promoción de Ventas a las sociedades Bayer Químicos Unidos S.A. de Venezuela, Harmann y Reiner S.A., de Chile, Bayer Dominicana S.A. de República Dominicana y Laboratorios Milse de Argentina por valor de $139.920.000; y para reclasificar o trasladar del renglón 23 (otros costos y deducciones) los pagos efectuados por comisiones de ventas al renglón 21 (comisiones, honorarios y servicios) por la suma de $43.770.000.

Por medio de la Resolución No. 055 del 22 de octubre de 1991, la División Delegada de Liquidación de la mencionada Administración, negó la práctica de la corrección solicitada por la firma en referencia, habida cuenta que en cuanto a la erogación por asistencia técnica con el contrato entre Miles Laboratorio Inc. y Sucromiles S.A., no se realizaron por concepto de asistencia técnica sino por concepto de regalías, no deducibles de conformidad con el artículo 124 del Estatuto Tributario; y respecto de los pagos por agencia mercantil y promoción de ventas, porque los mismos, de acuerdo con las copias de los contratos suscritos se habían realizado por concepto de comisiones, igualmente no deducibles a términos del mismo artículo 124 del Estatuto Tributario y del concepto No. 016986 de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, según el cual "las regalías al exterior y las comisiones de ventas pagados a compañías subordinadas de la matriz, no son deducibles porque se entiende que el pago a la matriz se ejecutaría en este caso indirectamente, a través de la subsidiaria, mediante el reparto de utilidades".

Contra esta actuación administrativa la sociedad Sucromiles S.A., interpuso los recursos de reposición y de apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones Nos. 00002 del 13 de enero de 1992, y la No. 00003 del 28 de febrero del mismo año, que con razones similares a las expuestas anteriormente, confirmaron íntegramente el acto administrativo objeto de impugnación.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la sociedad Sucromiles S.A., por intermedio de apoderado judicial, acudió con el propósito de demandar la nulidad y el restablecimiento del derecho conculcado con las Resoluciones No. 055 del 22 de octubre de 1991 y 00002 de enero 13 y 00003 de febrero 28 de 1992, al desestimarle la corrección incoada respecto a la declaración del impuesto de renta presentada por el año gravable de 1988.

En el capítulo denominado "aspectos formales y legales de la asistencia técnica y pagos por comisiones de ventas de exportación" observa que la sociedad tiene vigente, con su casa matriz (Miles), desde 1988, un contrato de asistencia técnica por el que recibe asesoría permanente para los nuevos procesos, aplicaciones, mejoramiento de

equipos y nuevos microorganismos en el proceso de fermentación; y mejoramiento de equipos y que, aunque los pagos por dicha asistencia y por regalías suelen confundirse, sería claro y demostrable que los de aquella son los que permiten un crecimiento acelerado como el registrado por la sociedad, y no los de estos.

Agrega que, según el Decreto 2123 de 1975, la asistencia técnica, es "la asesoría dada mediante contrato de prestación de servicios incorporables para la utilización de conocimientos tecnológicos", mientras que el *"Know-How"* y las regalías harían relación a ingresos provenientes de la explotación de toda especie de propiedad industrial, por lo que su pago no necesariamente implicaría una asesoría técnica continuada, como el caso del uso de marcas registradas.

Advierte que, las comisiones por "ventas de exportación a filiales de la casa matriz se hayan amparado en contratos comerciales y que su giro es aprobado por el Banco de la República, por lo que "la empresa no ha pagado ninguna comisión que no sea por una actividad estrictamente de representación comercial".

Así mismo observa, que con base a los contratos de asistencia técnica y representación en ventas, la sociedad pagó por 1988 y 1989, las retenciones en la fuente y el impuesto de remesas, y no obstante ello, los valores pagados por concepto de asistencia técnica y comisiones no han sido aceptados como deducibles por la indebida interpretación del artículo 51 de la Ley 9a. de 1983, hoy, artículo 124 del Estatuto Tributario.

Reitera que, las deducciones solicitadas en el proyecto de corrección son procedentes y que la Administración "no consultó la realidad contractual de las partes que se encuentra plasmada en los contratos que se encuentran aportados como prueba de los pagos por la asistencia técnica y por los convenios de agencia mercantil y promoción de ventas que suscribió con sus otros vinculados económicos".

Cita el artículo 1618 del Código Civil, sobre interpretación de los contratos, y señala que correspondería al juez interpretarlos para atribuir los efectos que las partes ha querido darle, y destaca que si se profundizara en el contenido de los aportes se determinaría que "Miles se compromete a proporcionar a Sucromiles S.A. la tecnología y los servicios técnicos para la producción de ácido cítrico en el país, en tal forma que se satisfaga la demanda interna y se pueda exportar el excedente de la producción", correspondiéndole a la primera la capacitación y adiestramiento, en Colombia y el exterior, del personal colombiano, a todos los niveles requeridos para el uso de la técnica suministrada y la correcta y eficiente operación de la planta de ácido cítrico (Típica fuera de asistencia técnica).

También observa, que de la cláusula 6a. del contrato con Miles, sobre prestaciones recíprocas. "... se infiere que se trata de un contrato de asistencia técnica y que

el término de "regalías" no aparece en la contratación ni en la forma de pago estipulada" sino que aparece, "sólo en cuanto con el fin de proteger la industria y la mano de obra nacional, la demanda interna del producto y el capital nacional en la empresa, deben someterse estos contratos a aprobación por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico de Colombia. Aclarando que, "la sola intervención del Comité de Regalías no califica la naturaleza del contrato".

Por otra parte, pone de manifiesto que la prohibición legal de deducir ciertos pagos realizados a sociedades extranjeras, tiene por objeto que, quien haga el pago, tribute sobre este, evitando así la evasión del impuesto por ese ingreso tributario, pero Miles, respecto de los pagos en cuestión efectuó la retención, y en consecuencia tributó sobre ese valor, por lo que, si por una parte, se gravan los pagos a sus beneficiarios y, por otra, se prohíbe su deducción, con supuesto fundamento en el artículo 124 del Estatuto Tributario, "se produce una doble tributación que contraría los principios fundamentales de los tributos" especialmente, el relacionado con el espíritu de justicia, que consagra el artículo 683 *ibídem.*

Sobre los pagos por convenios de agencia mercantil y promoción de ventas, copia el artículo 25 del Decreto 2579 de 1983, para señalar que la prohibición afecta las "comisiones, honorarios y demás gastos de administración o dirección", y no las comisiones por ventas y promoción de ventas efectuadas para Sucromiles S.A., por las sociedades Bayer de Venezuela y República Dominicana, Haarman y Reimer de Chile y Laboratorios Mile de Argentina", que serían comisiones deducibles, "por no corresponder a gastos de administración o dirección que son los limitados por la ley". También transcribe parte de la exposición de motivos del artículo 51 de la Ley 9a. de 1983 (hoy, artículo 124 del Estatuto Tributario) según los cuales, "estas normas reiteran la prohibición existente desde la Ley 81 de 1960 (artículo 45), de que las filiales, sucursales, o agencias en Colombia de sucursales extranjeras deduzcan sumas pagadas o reconocidas a sus casas matrices u oficinas del exterior, por concepto de "gastos de administración y dirección" esto es una enumeración taxativa no a manera de ejemplo. Por tanto, afirma que los pagos por concepto de comisiones en ventas efectuadas por Sucromil S.A., a sus vinculados económicos son deducibles, tal como lo habría reconocido la Dirección de Impuestos Nacionales en concepto No. 06383 del 22 de marzo de 184, al precisar que la prohibición debía contraerse a los conceptos expresamente determinados en las normas citadas.

Concluye que, "prohibir la deducción de los pagos por comisiones en ventas efectuadas a los vinculados económicos es ilegal y discriminatoria por cuanto la limitación según se desprende del texto del artículo 25 Decreto Reglamentario 2579 de 1983, es para deducir comisiones pagadas por administración y dirección. Además es absurdo pretender que una sociedad comercial no pueda comercializar los productos a través de sus vinculados económicos en el exterior por interpretación errónea de la ley efectuada por los funcionarios de las oficinas de impuestos."

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia distinguida con el No. 13 expedida el día 25 de febrero de 1993, se pronunció sobre la demanda anterior, para lo cual reprodujo la sentencia del 5 de febrero de 1993, proferida por esa Corporación dentro del proceso No. 18.216, Actor: Sucromiles S.A., que había resuelto la misma situación por el año gravable de 1989, la cual en síntesis consideró:

En lo concerniente a la deducción de pagos por asistencia técnica, remite a las restricciones de los artículos 51 de la Ley 9a. de 1983, y 25 del Decreto 2579 de 1983, destacando que, de conformidad con los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y la certificación expedida por el revisor fiscal de la demandante, esta era filial de Miles Internacional Inc., Miles International Management Co. Inc. y Miles Overseas Inc. a 31 de diciembre de 1988 y 1989.

Así mismo, que según copia del contrato de licencia de uso y asistencia técnica, obrante en el cuaderno de antecedentes, celebrado con Miles Inc. por el lapso de diez años contados desde el 13 de junio de 1989, esta se obliga a suministrar a la demandante, los servicios de "asistencia y dirección respecto de los métodos de manufactura moderna: asesoría en relación con dichos métodos y todos los servicios inherentes a dicha tarea; personal temporal especialmente capacitado para prestar servicios de consulta y otros; planeación y asistencia en proyectos de expansión y modificación; programa y métodos de entrenamiento de personal; asistencia en la formulación de política y en el desarrollo de tareas relacionadas con la financiación de necesidades de carácter temporal o permanente; adquisición para Sucromiles y a petición de esta, de artículos especiales, equipos o partes y materiales; de la misma manera, Miles garantiza a Sucromiles exclusividad en Colombia de la licencia de uso de *KNOW-HOW...*".

Del mismo modo, con miras a "desentrañar la verdadera naturaleza jurídica"del contrato en discusión, resalta que dentro del régimen de propiedad industrial, la patente de invención "es un documento otorgado por el Estado que garantiza a su titular el derecho de excluir a las personas no autorizadas, del uso de la invención" que, "por tratarse de un bien inmaterial, la patente de invención, puede originar varios negocios jurídicos...", voluntarios o impuestos, entre los primeros, "la cesión, el aporte a una sociedad del derecho sobre la patente y otros que no la impliquen, como son el contrato de licencia y los contratos de anticresis y usufructo mercantil...", definiéndose el contrato de licencia "como no traslaticio de dominio en que el titular de la patente confiere a otra persona el derecho de usar la invención patentada..." cuyo pago implicaría "un contrato similar al de arrendamiento, y si es gratuito se deberá tomar como un contrato de comodato...", según Manual de Propiedad Industrial, Pachón Muñoz Manuel, Temis 1984.

Añade a lo anterior, que el contrato debe ser escrito y aprobado y registrado por la oficina competente, esto es, el Comité de Regalías adscrito a la Superintendencia de

Industria y Comercio, hoy suprimido, y que la licencia "es un contrato de ejecución sucesiva celebrado *intuitu personae,* no pudiéndose ceder sin consentimiento expreso del titular de la patente, o aportarse a una sociedad mediante autorización".

Por otra parte que, *"Know-How",* según el artículo 1o. del Decreto 2113 de 1975, es "la experiencia secreta sobre la manera de hacer algo, acumulada en un arte o técnica y susceptible de cederse para ser aplicada en el mismo ramo con eficiencia", en tanto que, de acuerdo con el artículo 2 *ibídem,* "asistencia técnica es la asesoría dada mediante contrato de prestación de servicios incorporales, para la utilización de conocimientos tecnológicos aplicados por medio del ejercicio de un arte o técnica, entendiéndose además, que en ella se comprende el adiestramiento de personas para la aplicación de los expresados conocimientos" y que el decreto en mención era reglamentario de los artículos 14, ordinal 7o. y 95 del Decreto 2053 de 1974, el primero de los cuales establecía que "los beneficios o regalías de cualquier naturaleza provenientes de la explotación de toda especie de propiedad industrial, o del *Know-How,* o de la prestación de servicios de asistencia técnica, ya sea que se suministren desde el exterior o en el país, se consideran rentas de fuente nacional".

Así mismo, que las transferencias al exterior de renta o ganancias ocasionales obtenidas en el país, acusan el impuesto de remesas, conforme a los artículos 46 y 47 dela Ley 9a. de 1983, excepto tratándose de giros por asistencia técnica prestada desde el exterior, según el artículo 50 *ibídem.*

También distingue entre el contrato de "licencia de uso de *Know-How"* y el de "asistencia técnica" en cuanto en este no se cedería "la experiencia secreta sobre la manera de hacer algo, dentro de un arte o técnica", mientras que en aquel sería ello permisible.

Advierte, en la cláusula 4a. del contrato, la demandante "se compromete a pagar a MILES por concepto de la información los conocimientos, la asistencia, la asesoría y los métodos y especificaciones de que trata el presente contrato y un pago por licencia de *Know-How,* un equivalente al 5% del producto neto de las ventas de SUCROMILES. Para efectos de la presente cláusula se entenderá por "producto neto de ventas" la cantidad facturada por concepto de ventas de ácido cítrico y sales de citrato producidos por SUCROMILES utilizando el *Know-How* y la asistencia técnica solicitada por MILES..." de donde infiere que, si bien se convino la asistencia técnica de Miles a Sucromiles, referente a métodos y procesos de fabricación de ácido cítrico y sales de citrato "ella se deriva de la licencia de *Know-How* que sobre la explotación de tales métodos y procesos otorga la primera respecto de la segunda", no tratándose, por tanto, "del contrato de asistencia técnica previsto en el artículo 2o. del Decreto 2113 de4 1975"; así, el hecho de que, fuera de los compromisos que llevaría implícitos la licencia, se hubiera pactado la asistencia técnica, no significaría, "ni que se trata de dos contratos distintos, ni que su naturaleza, se vea modificada o subsumida por el de la

asistencia técnica, pues esta última se suministra en desarrollo del mismo otorgamiento de licencia de uso que del *Know-How* que posee Miles Laboratories se hace en el contrato. En dicho convenio, se pacta el suministro por parte del propietario del *Know-How,* de una asesoría o asistencia respecto de la experiencia en el uso de tecnología ya cedidos y sus correspondientes actualizaciones".

Observa que las mismas empresas desde 1971, con vigencia de 15 años, "habían suscrito un contrato de licencia y de servicios técnicos... en el que se hace expresa referencia a que "MILES es propietaria de derechos de patente relacionados con métodos y procesos para la manufactura de ácido cítrico en Colombia, de conformidad con todos y cada uno de los métodos y procesos amparados por los derechos de patente de propiedad de MILES...".

De todo lo anterior concluyó, como indiscutible, que los pagos por tales conceptos lo son a título de regalías, lo que fundamenta, no en que el contrato hubiera sido aprobado por el Comité de Regalías como lo sostiene la entidad demandada "ni también porque en el contexto del contrato no se mencione que las sumas que se pagaron a manera de compensación tendrían el carácter de regalías", sino por la naturaleza del contrato y su objeto, razón por la cual estimó que la sociedad demandante en su calidad de filial de Miles Laboratories Inc., no tiene derecho a deducir los pagos que por concepto de regalías le efectuó a esta en desarrollo del contrato de licencia de uso y Asistencia Técnica" por el año gravable de 1989.

Respecto a los pagos efectuados en desarrollo de convenios de agencia mercantil y promoción de ventas, resalta lo dicho en la demanda en el sentido de que se trataba de "comisiones por ventas de exportación a filiales de la casa matriz" (fl. 39 c.p.), y también, que en lo que la legislación comercial caracteriza el contrato de agencia comercial, es que es una forma de intermediación, donde el agente tiene su propia empresa y la dirige con independencia, para promover o explotar negocios "en beneficio del principal", o sea, que "desarrolla una actividad por cuenta ajena pero mediante el ejercicio de una empresa propia existente de por sí...".

Trae a colación igualmente el artículo 1322 del Código de Comercio, según el cual el agente debe ser remunerado aunque el negocio no se realice por las causas ahí indicadas, y que las normas mercantiles señalan que la remuneración debe llamarse exclusivamente "comisión", dado que el artículo 1324 *ibídem,* habla además, de "regalías" o "utilidad".

En los contratos suscritos por la demandante al respecto, observa, como objeto pactado "la agencia y promoción de ventas consistentes en recibir proposiciones de compra, oferta o pedidos de los productos que fabrica SUCROMILES S.A., y una comisión del 5.0% por las ventas de ácido cítrico y citrato de sodio, un 5.0% por los tambores de ácido acético y sus ésteres y un 3.0% por la venta a granel del ácido cítrico

y sus ésteres". Es decir, que SUCROMILES, celebró convenios de agencia mercantil y promoción de ventas con las filiales de Ecuador, Venezuela, República Dominicana, Argentina y Chile, y que en desarrollo de los mismos pagó comisiones durante el año de de 1989 en la suma de $91.186.000.

Para establecer si estos pagos eran o no deducibles, se remitió a los artículos 51 de la Ley 9a. de 1983 y 25 del Decreto 2579 del mismo año, en el cual "se establece que el concepto "honorarios" fue comparado o vinculado con el de "gastos de administración o dirección", para significar que el argumento de la demandante de que las comisiones no eran por "administración o dirección" era infundado puesto que, "allí se separa claramente el concepto de comisiones del de honorarios y gastos de administración", además que, "se constituyen en pagos indirectos que ha realizado la actora a su casa matriz a través de sus filiales en el exterior, sumas que en últimas ingresarían al patrimonio mediante el reparto de utilidades".

En consecuencia de lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, desestimó las súplicas de la demanda encaminadas a obtener para el año gravable de 1988, la inclusión en virtud de corrección, de las deducciones en cuestión.

LA APELACION

La apoderada judicial de la sociedad actora apela la sentencia del Tribunal y para controvertirla invoca "el contenido de los contratos, el espíritu de la Ley y el espíritu de justicia que deben conservar los funcionarios en materia impositiva" y reitera que en los pagos efectuados por SUCROMILES S.A., esta efectuó la retención en la fuente, por lo que Miles tributó sobre ese valor, en consecuencia, señala que "si por una parte se gravan los referidos pagos a sus beneficiarios y por la otra se prohíbe su deducción... con fundamento en el artículo 124 del Estatuto Tributario, se produce una doble tributación que contraría los principios fundamentales de los tributos", especialmente al espíritu de justicia que consagra el artículo 263 *ibídem.*

También reitera respecto a los pagos por comisiones en ventas que las restricciones del artículo 25 del Decreto 2579 de 1983, son claras para "comisiones, honorarios y demás gastos de administración y dirección"; por tanto no sería deducible si se originaran en funciones de administración o dirección, puesto que la palabra "demás" hace que el concepto comisiones no se separe del de administración o dirección como erróneamente lo interpreta el fallo del Tribunal.

De acuerdo con lo anterior, solicita a la Corporación revocar la sentencia del Tribunal, y en su lugar, aceptar las peticiones propuestas por su representada, para lo cual solicita tener en cuenta el contenido del contrato y los argumentos y pruebas presentadas en las diferentes etapas procesales, y el fallo que sobre este tema profirió la Corte Suprema de Justicia, con fecha 3 de agosto de 1990.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandada:

Estima que el juicioso y acertado análisis del Tribunal es suficiente para confirmar la decisión del mismo al negar las súplicas de la demanda. Transcribe apartes del fallo para señalar que como no se trata de un contrato de asistencia técnica como lo concluye la sentencia, no puede aceptarse el argumento de la apelación en el sentido de que viola la jurisprudencia de esta Corporación cuando en la sentencia del 3 de agosto de 1990, declaró nula la expresión "asistencia técnica".

Advierte que, del contrato se deduce que se trata de un pago de regalías, puesto que era el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico, quien autorizaba la tasa de regalías en un 5% del producto neto de las ventas, "por lo cual tales erogaciones por parte de la filial no son deducibles al tenor de lo dispuesto en el artículo 124 del Estatuto Tributario.

Por otra parte, trae a colación sentencia de la Corte Constitucional del 25 de marzo de 1993, que declaró la exequibilidad del artículo 124 del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), en virtud de la demanda interpuesta contra la prohibición de deducir los pagos de las casas matrices de sociedades extranjeras a las filiales o subsidiarias en el país por concepto de "regalías y explotación de cualquier clase de intangibles".

En cuanto a la deducción por pagos en desarrollo de convenios de agencia mercantil y promoción de ventas, manifiesta que la claridad de los conceptos esbozados por el *a-quo* sobre la realidad del pago de las comisiones por parte de la filial con destino a la matriz en el exterior, permite ver la improcedencia de su deducción ante la imperativa restricción contenida en el artículo 124 del Estatuto Tributario.

En consecuencia, solicita a la Corporación confirmar la sentencia objeto del presente recurso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se observa que, sobre el tema objeto de debate en el presente proceso, la Sala se pronunció en sentencia del 10 de septiembre de 1993, en cuyo proveído con ponencia de la Dra. Consuelo Sarria O. se resolvió el mismo problema jurídico, entre las mismas partes y por la misma causa (corrección a la declaración para incluir deducciones por concepto de asistencia técnica y comisiones) referido al año gravable de 1989. Por tanto, para resolver el mismo asunto relacionado con el año gravable de 1988, se remite la Sección a los argumentos expuestos en la mencionada sentencia, en la cual se expresó:

"Originalmente, el artículo 45 de la Ley 81 de 1960, relativo a la no deducibilidad de los pagos realizados o reconocidos por filiales, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras, a sus casas matrices u oficinas del exterior, se interpretó como exclusivamente referida a los "gastos, comisiones y honorarios de administración y dirección", sencillamente porque tal era el texto escrito y sentido natural de dicha norma.

"Pero, expedido el Decreto 1900 de 1973 (que puso en vigencia el "Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, contenido en las recisiones (sic) 24, 37 y 37A de la Comisión del Acuerdo de Cartagena"), cuyo artículo 21 dijo, que cuando las contribuciones tecnológicas intangibles fueran suministradas a una empresa extranjera por su casa matriz o por otra filial de la misma matriz, "no se autorizará el pago de regalías ni se admitirá deducción alguna por ese concepto para efectos tributarios", resulta perfectamente claro que el legislador extraordinario amplió considerablemente el ámbito de la prohibición (así hubiera denominado "regalías" el concepto del pago) pues debía entenderse que cualquier forma remuneratoria de las "contribuciones tecnológicas intangibles" dichas, quedaba incluida en la restricción.

"Si a esto se suma lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley 9a. de 1983 (reproducido por el artículo 124 del Estatuto Tributario), invocado por la Administración, no cabe duda de que ni los pagos por "asistencia técnica", ni las "comisiones en ventas" tenían el carácter deducible pretendido por la demandante.

"Expresa, en efecto, el citado artículo, que son materia de la limitación en cuestión, las cantidades pagadas o reconocidas, por las filiales subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras "directa o indirectamente a sus casas matrices u oficinas del exterior, por concepto de gastos, comisiones, honorarios de administración o dirección, regalías y explotación o adquisición de cualquier clase de intangibles", donde se advierte nítidamente que, contrario a lo que supone la demandante, sólo el concepto "honorarios" se halla en relación con las funciones de "administración o dirección" y que, de suyo, las demás modalidades remuneratorias enunciadas, operan ilimitadamente respecto de la diversa índole de los bienes o servicios suministrados por la matriz u otra filial o subsidiaria.

"No obstante, el *a-quo* hizo un detallado estudio sobre la real naturaleza de la "asistencia técnica" pagada, concretándose ésta en una transferencia de tecnología ordinaria retribuida por regalías, que es una erogación expresamente contemplada por la ley como no deducible; así mismo, demostró suficientemente, basado en normas, principalmente mercantiles, que los pagos realizados en

desarrollo de contratos de agencia mercantil y promoción de ventas, constituían comisiones, como en efecto lo había sostenido la propia demandante, pero que se trataba de un *ítem* sujeto a la prohibición, por sí mismo, así no hiciera parte de los gastos de "administración o dirección", apreciaciones y conclusiones que, por supuesto, comparte la Sala.

"No sobra puntualizar, sin embargo, que la equívoca redacción del artículo 25 del Decreto Reglamentario 2579 de 1983, en la parte que alude a "comisiones, honorarios y demás gastos de administración o dirección", en nada podría desvirtuar el clarísimo texto del artículo 51 de la Ley 9a. de 1983 (o 124 del Estatuto Tributario), en el cual, como antes se anotó, únicamente los "honorarios" se hacen figurar como expensas de "administración o dirección".

"Por último, dado que el fenómeno de la doble imposición sólo se daría en el evento de la absoluta identidad de sujeto, objeto y causa, esto es, cuando se liquida dos veces el mismo impuesto, sobre el mismo ingreso o activo a cargo del mismo contribuyente, no es cierto que por el hecho de haberse efectuado retenciones y pagado el impuesto de remesas, hubiera tenido ocurrencia dicho fenómeno, toda vez que la retención es un pago anticipado del gravamen de un sujeto **distinto** del retenedor o de quien hace el pago, en tanto que el de remesas es un tributo **diferente** del de renta que causó la retención".

También la sentencia No. C-115 del 25 de marzo de 1993, que declaró la exequibilidad del artículo 124 del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario) respalda la tesis anteriormente expuesta por la Sección frente a la no deducibilidad de los pagos efectuados por la sociedad actora por concepto de regalías y comisiones a su casa matriz en el exterior, en desarrollo de contratos de "licencia de uso de *Know-How*" y de "agencia mercantil y promoción de ventas", en el año gravable de 1988.

En efecto, en uno de sus apartes la mencionada sentencia expresa:

"Resulta equivocada la interpretación, que además es compartida por el señor agente del Ministerio Público, al concluir la disposición de una doble tributación en los dos conceptos, que le otorga a la norma acusada un carácter "anormal, injusto, inequitativo, y por ende inconstitucional". No existe la doble tributación, que pudiera traducirse en "una desigual tasa efectiva de impuestos del 68.8% (30% al no permitirse la deducibilidad del pago; otro 30% a título de impuesto de renta íntegramente retenido en la fuente; y 12% sobre el saldo, a título de impuesto de remesas íntegramente retenido en la fuente)". En efecto, aquella tasa efectiva se reduce como dicen los representantes de la Administración de Impuestos Nacionales, al formular reparo a la interpretación del demandante, que desemboca en determinar doble un 30% del mismo impuesto de renta, "porque no se trata de que sobre el valor no deducible se aplique esta tarifa y se

determine un impuesto y que además, sobre la base gravable se aplique nuevamente la tarifa para determinar el impuesto. Porque en el primer caso, el valor no deducible simplemente forma parte de un factor de determinación de la renta y sobre él no es posible determinar impuesto. Y en el segundo caso, se determina la renta líquida gravable y a ésta sí se aplica la tarifa del impuesto.

"Interpretación que comparte la Corporación, pues la preceptiva del artículo 124, no hace más que indicar que los aludidos pagos, hechos por las filiales y subsidiarias a la casa matriz, no son deducibles, lo que quiere decir que integran la base gravable del impuesto de renta, en perfecta armonía con lo estatuido en el numeral 7o. del artículo 24 del Estatuto, en el sentido de que, como se ha indicado antes, constituyen ingresos de fuente nacional".

"..."

"Observa la Corte la clara impropiedad en que incurre el demandante al confundir el concepto de ingreso de fuente nacional con el de no deducibilidad de pagos, para efectos impositivos; por cuanto el uno identifica la naturaleza de la renta, mientras el otro la condiciona de manera específica en el artículo 124; de suerte que la declaratoria de inconstitucionalidad pretendida por el actor, dejaría exentos del impuesto de remesas de renta, los montos de esos pagos de las filiales y subsidiarias; por cuanto su carácter inconstitucional le restaría posibilidad de aplicar esos impuestos a ese porcentaje de la base gravable, por deducible, a pesar de su determinación como fuente de renta nacional en el numeral 7o. del artículo 24 del Estatuto Tributario".

Así las cosas, para la Sala es absolutamente claro que los pagos efectuados por la sociedad SUCROMILES S.A. a su filial Miles Laboratories Inc. por concepto de regalías, en desarrollo del contrato de "licencia de uso de *Know-How*" y los efectuados a las filiales en Ecuador, Venezuela, República Dominicana, Argentina y Chile, por concepto de comisiones, en desarrollo de contratos de "agencia comercial y promoción de ventas" no son deducibles por la restricción establecida en la Ley, concretamente el artículo 51 de la Ley 9a. de 1983 (hoy 124 del Estatuto Tributario).

En consecuencia, la pretendida corrección a la declaración de renta y patrimonio presentada por el año gravable de 1988, como lo estimó la Administración de Impuestos era improcedente, por lo que al desestimarla aquella no incurrió en violación alguna de la ley, puesto que se pretendía incluir deducciones improcedentes, conforme se ha corroborado en el proceso contencioso.

Por lo anterior, no se accede a lo solicitado por la apelante, sino por el contrario, se impone confirmar la sentencia del Tribunal, la cual conforme a lo establecido se encuentra en un todo acorde a derecho.

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

FALLA:

Confirmar en todas sus partes la sentencia del 25 de febrero de 1993, originaria del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, objeto de la presente apelación.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

PASIVO/PATRIMONIO FISCAL

Cualquiera que sea el importe de la deuda, la afectación del patrimonio es "total" de suerte que no puede sostenerse válidamente, que porque una fracción de la deuda resulte fiscalmente inaceptable, la fracción restante de la misma solo afecte una parte o "proporción" del patrimonio. Adicionalmente, el elemento solidaridad que liga a los codeudores impide radicar la parte de la deuda no glosada, en una fracción dada del patrimonio, o en un porcentaje que equivalga a la proporción en que la deuda fue glosada, pues se repite, cualquiera que fuera la proporción o importe de la deuda, la totalidad del patrimonio inicialmente comprometido por el crédito, debe continuar siendo garantía de éste.

SANCION POR NO ENVIAR INFORMACION/INFORMACION TRIBUTARIA/CONTRIBUYENTE–Deberes

Como el demandante fue requerido dos veces por la Administración para que suministrara información tributaria específica, relativa a los renglones 5, 7 y 17, sin embargo de lo cual, como consta en las explicaciones sumarias de la liquidación de revisión, no dio contestación a ninguno de tales requerimientos, luego, la aplicación de la "sanción por no enviar información" de que trata el art. 651 del E.T., resulta totalmente ajustada a derecho, ya que uno de los presupuestos fácticos de la misma es el de que las informaciones o pruebas solicitadas "no se suministren dentro del plazo establecido para ello", precisándose que si se subsanara la omisión después de notificada la liquidación de revisión, debe mantenerse la sanción, pero se reconocerán los *ítems* de costos, rentas exentas, deducciones, descuentos, pasivos, impuestos descontables y retenciones, "probados plenamente"; por otro aspecto, no es cierto que la imposición de la multa no fuera

motivada, según se colige de la "explicación sumaria" que se acaba de mencionar, ni menos que la información tributaria requerida se hubiera suministrado "oportunamente".

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., junio tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5402. Apelación sentencia de 6 de diciembre de 1993 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Impuesto sobre la renta del período impositivo de 1988. Actor: Guillermo López Narváez. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone GUILLERMO LOPEZ NARVAEZ, el actor, en relación con la sentencia de primer grado, de 6 de diciembre de 1993, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1988, promovido contra la liquidación de revisión No. 063 de 18 de diciembre de 1991 y la Resolución No. 00266 de 5 de noviembre de 1992, expedidas por la Unidad de Liquidación y la División Jurídica de la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

Por el primero de los reseñados actos, previo requerimiento, se determinó la renta por comparación de patrimonios, en razón de la desestimación del pasivo solicitado en suma de $4.000.000, habiéndose sancionado "por no enviar información" ($790.014) y "por inexactitud en el patrimonio" ($75.931); dicho acto fue confirmado íntegramente en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Indica violados los artículos 742, 744, 770, 647, inc. 7°, y 746 del Estatuto Tributario, 174 del C6digo de Procedimiento Civil, 124 del Decreto 2053 de 1974, en concordancia con el 116 del Decreto 187 de 1975, y 83, 95, numeral 9o., y 363 de la Constitución, en concordancia con el 683 del Estatuto Tributario.

Explica, que la resolución del recurso gubernativo no evaluó la prueba documental aportada entonces, consistente en certificado expedido por la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda, CONCASA, según el cual, en el último día del período, el contribuyente tenía un pasivo por $3.884.765 y había pagado a aquélla durante

el mismo ejercicio, por concepto de su obligación hipotecaria UPAC, la suma de $714.362, y constancia de otro acreedor, por $115.235, que no exigía "el pago del impuesto de timbre, según el artículo 42 de la Ley 43 de noviembre 30 de 1987".

Y que, demostrada la existencia del pasivo, habría quedado igualmente desvirtuada la diferencia patrimonial oficialmente establecida, debiendo confirmarse la liquidación privada.

Añade, que la renta gravable declarada, era capitalizable y debía reflejarse en el patrimonio, el cual, a su vez, declarado por $8.800.000, estaba integrado por los mismos bienes que, en el año gravable inmediatamente anterior, se habían denunciado por $7.100.000.

De otro lado, estima violadas las normas constitucionales indicadas, porque en la determinación del tributo no se habría obrado con la justicia y equidad que, igualmente, se predica en el artículo 683 del Estatuto Tributario, en tanto que el contribuyente habría actuado de buena fe, en términos del artículo 83 de la Constitución, entendiendo fundado el sistema tributario en los principios de equidad, eficiencia y progresividad del artículo 363 ib., pero que, "en muchas ocasiones, se condena al contribuyente a través de liquidaciones oficiales, multas y sanciones, reintegro de sumas devueltas, etc., a una tácita confiscación de su precario patrimonio (...), violando (se) así el artículo 34 de la Constitución sobre la prohibición de imponer pena de confiscación...".

Igualmente, que la determinación de la renta por comparación de patrimonios, excluiría la posibilidad de rechazar las deducciones solicitadas, y haría improcedente la sanción por inexactitud, conforme al artículo 647, inc. 7° del Estatuto Tributario; y que dado que, en relación con activos, pasivos y deducciones, se habría suministrado, en la declaración, la información tributaria pertinente, también sería improcedente la sanción "por no enviar información".

LA SENTENCIA

Con apoyo en el certificado de CONCASA y el folio de matrícula inmobiliaria del bien raíz hipotecado a ésta, encuentra probado el crédito, pero solo en el 50%, en consideración al hecho de que en el mencionado folio de matrícula figuren como propietarios del predio, "López Narváez Guillermo y Vernaza de López Gladys Eugenia, lo cual indica que dicho pasivo corresponde en un 50% para la esposa y el otro 50% para el esposo".

Por lo que hace a la sanción por inexactitud, la considera improcedente, por no haberse propuesto en el requerimiento especial, supuesto que en éste se habría proyectado la misma "respecto el impuesto de renta", mientras que en la liquidación de

revisión se habría dicho aplicada, "referente al (impuesto) de patrimonio", pretermitiéndose el articulo 711 del Estatuto Tributario.

Mantiene, en lo demás, los factores oficialmente establecidos.

EL RECURSO

Dice que, reconocido sólo en el 50% el pasivo demostrado, el Tribunal "debió aceptar, en sana lógica, solo el 50% del activo afectado por la hipoteca y disminuirse el declarado en esa misma cantidad, es decir en ($2.000.000), por lo cual se habría obrado con justicia y equidad".

Insiste en la improcedencia de la sanción por falta de información, "por cuanto en la liquidación de revisión no se indicaron los fundamentos legales para imponerla, ni el cálculo de las (sic) mismas (sic) y, además, porque la información solicitada por los funcionarios de impuestos al respecto, se dio oportunamente, haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 744 del Estatuto Tributario (...). El H. Tribunal, al proferir la sentencia apelada, guardó silencio absoluto respecto a la improcedencia de la sanción impuesta y confirmada...".

ALEGATO DE LA PARTE DEMANDADA

Expresa, ésta, obrar como apelante adhesiva, de conformidad con el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil.

En tal virtud, impugna el levantamiento de la sanción por inexactitud, por estimar, primero, que el requerimiento había propuesto dos sanciones por inexactitud, de modo que la circunstancia de que la liquidación de revisión solo incluyera una, la determinada con base en el patrimonio, no daba lugar a levantarla; segundo, porque el demandante se habría limitado a afirmar la improcedencia de la sanción, por lo que, tratándose de una jurisdicción rogada, "no le era permitido al *a-quo* levantar una sanción no impugnada...".

LA SALA CONSIDERA

1. La reducción, a la mitad, del valor declarado del patrimonio, por haberse reconocido solo la mitad del pasivo que afectaba el mismo, carece de la "lógica" que supone el apelante, toda vez que no habiéndose cuestionado por las partes la integridad del patrimonio, ni siéndole posible a la demandante reformar o corregir su declaración por fuera de los términos legalmente instituidos al efecto, una decisión estimatoria de semejante pretensión excedería no solamente las normas relativas a dicha corrección, sino el propio *petitum* de la demanda.

Por otra parte, es claro, en el caso de autos, que cualquiera que sea el importe de la deuda, la afectación del patrimonio es "total", de suerte que no puede sostenerse, válidamente, que porque una fracción de la deuda resulte fiscalmente inaceptable, la fracción restante de la misma solo afecte una parte o "proporción" del patrimonio. Adicionalmente, el elemento solidaridad que liga a los codeudores impide radicar la parte de la deuda no glosada, en una fracción dada del patrimonio, o en un porcentaje que equivalga a la proporción en que la deuda fue glosada, pues, se repite, cualquiera que fuera la proporción o importe de la deuda, la totalidad del patrimonio inicialmente comprometido por el crédito, debe continuar siendo garantía de éste.

2. El demandante admite, en su libelo, haber sido requerido dos veces, por la Administración, para que suministrara información tributaria específica, relativa a los renglones 5 ("relación discriminada de activos"), 7 ("relación discriminada del pasivo") y 17 ("relación discriminada de costos y deducciones"), sin embargo de lo cual, como consta en las explicaciones sumarias de la liquidación de revisión, no dio contestación a ninguno de tales requerimientos, luego, la aplicación de la "sanción por no enviar información", de que trata el artículo 651 del Estatuto Tributario, resulta totalmente ajustada a derecho, ya que uno de los presupuestos fácticos de la misma es el de que las informaciones o pruebas solicitadas, "no (se) suministren dentro del plazo establecido para ello", precisándose que si se subsanara la omisión después de notificada la liquidación de revisión, debe mantenerse la sanción, pero se reconocerán los *ítems* de costos, rentas exentas, deducciones, descuentos, pasivos, impuestos descontables y retenciones, "probados plenamente" (inciso último, art. cit.); por otro aspecto, no es cierto que la imposición de la multa no fuera motivada, según se colige de la "explicación sumaria" que se acaba de mencionar, ni menos que la información tributaria requerida se hubiera suministrado "oportunamente".

3. En el requerimiento especial, como en efecto lo sostiene la apelante adhesiva, se proyectaron dos modelos alternativos de liquidación, uno, por comparación de patrimonios, donde la sanción por inexactitud ($75.931) se sustentaba en el mayor valor del impuesto de patrimonio; y, el otro, por métodos ordinarios de depuración de la renta, para el caso de que fuera desvirtuada la diferencia patrimonial establecida, en el cual, la sanción en cuestión ($1.097.840) obedecía a la diferencia entre el "saldo a favor" de la liquidación privada ($450.280) y el saldo por pagar del proyecto ($235.870) a la tasa del 160%.

Al haberse acogido, en la liquidación de revisión, el sistema especial de comparación de patrimonios para la determinación de la renta gravable, obviamente, la sanción procedente dentro de tal sistema, era la proyectada para éste, esto es, la cuantificada por $75.931, según así figura en la liquidación impugnada, careciendo, por tanto, de fundamento legal la rectificación que pretendió hacer la sentencia, por la supuesta falta de correspondencia entre dichos requerimiento y liquidación.

En conclusión, no está llamado a prosperar el recurso del actor, pero sí el de la apelante adhesiva, de acuerdo con la siguiente nueva liquidación:

GUILLERMO LOPEZ NARVAEZ
NIT: 10.516.643
AÑO GRAVABLE: 1988

CONCEPTO	BASE IMPONIBLE	IMPUESTO
RENTA Y COMPLEMENTARIOS		
Total a pagar, según sentencia apelada:		$609.910
(+) Sanción por inexactitud reducida,		
Según el presente fallo:		34.441
TOTAL A PAGAR		$644.351

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

FALLA:

Revócase parcialmente la sentencia apelada.

En su lugar, modifícase la liquidación del impuesto de renta y complementarios y sanciones a cargo de GUILLERMO LOPEZ NARVAEZ, NIT: 10.516.643, por el ejercicio gravable de 1988.

Como consecuencia, fíjase en la suma SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($644.351) el valor total que debe pagar el citado contribuyente por el concepto y período impositivo señalados antes.

La doctora NOHORA INES MATIZ SANTOS tiene personería para actuar en nombre de la parte demandada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

VALOR NORMAL EN ADUANA-Características

De conformidad con la Definición del Valor de Bruselas "el valor normal en Aduana de las mercancías para los fines de la liquidación de los gravámenes establecidos en el arancel de aduanas, es su precio normal y constituye la base imponible" es decir el precio normal es el valor normal en Aduana de las mercancías y, a su vez, es la base sobre la cual se determinan los derechos arancelarios. Entre las reglas que consagran los artículos 13 al 23 para llegar a la determinación del valor normal en Aduanas se encuentran las relacionadas con: 1) Condiciones de libre competencia, 2) Determinación del valor normal a partir del precio pagado o por pagar, 3) Determinación del valor normal a partir del precio usual de competencia, 4) Determinación de la base normal por el método racional, y 5) Determinación de la base imponible en casos especiales.

VALOR NORMAL EN ADUANA-Determinación/GRAVAMEN ARANCELARIO/BASE IMPONIBLE/LIQUIDACION DE AFORO ADUANERO

El método utilizado para determinar el valor normal en Aduanas de las mercancías importadas por la actora, fue el relacionado con "la determinación del valor normal a partir del precio usual de competencia" que consagran los arts. 17, 18 y 19 del Decreto 2011 de 1973, mediante el cual se rectifica o ajusta el precio declarado cuando es inferior al precio que usualmente tenga idéntico o similar producto, evento en el cual se aumenta el valor de este último para efectos de determinar sobre él la base imponible sobre la cual se liquidan los correspondientes gravámenes arancelarios. Conforme a este procedimiento se determina el valor normal a partir del precio usual de competencia "en condiciones de libre competencia para mercancías extranjeras idén-

ticas o similares a las que se valoran" que fue el procedimiento que tuvo en cuenta el funcionario aforador al efectuar el reajuste del valor declarado con base en el precio fijado por la División de Valoración para idéntica mercancía, el cual al resultar superior al valor declarado por la actora, lo reajustó en la diferencia establecida, hasta alcanzar el valor usual de competencia, aplicando a una mercancía idéntica en condiciones de libre competencia.

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

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4725. Actor: Olivetti Colombiana S. A. Impuestos-Aduaneros. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora: La sociedad OLIVETTI COLOMBIANA S.A., contra la sentencia del 15 de diciembre de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó las súplicas de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la mencionada sociedad para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de la Aduana Interior de Bogotá, determinó los derechos de importación relacionados con la declaración No. 28783 de julio 18 de 1988.

ANTECEDENTES

La sociedad Olivetti Colombiana S. A., importó mediante licencia de importación No. 080971 de diciembre 27 de 1987, quinientas máquinas de escritura electrónica, marca Olivetti, modelo Compat 70, con un valor FOB, por unidad de US$204.oo, de acuerdo con la factura No. 10230 del 10 de mayo de 1988.

Con base en lo anterior, presentó la correspondiente declaración de despacho No. 28783 del 23 de junio de 1988, en la cual determinó los derechos de importación teniendo en cuenta los precios acordados entre vendedor y comprador según factura antes mencionada. El precio así determinado fue reajustado por el aforador quien indicó "se reajusta el valor unitario a US$269.08 para un total FOB de US$ 134.540.oo ... fijado por la División de Valorización para idéntica mercancía...".

En vista de lo anterior, la Administración de la Aduana Interior de Bogotá efectuó liquidación oficial para determinar oficialmente los derechos de importación de acuerdo con el reajuste al precio efectuado por el aforador.

Inconforme con los valores que se le determinaron, la sociedad Olivetti Colombiana S. A., presentó recursos de reposición y apelación, y la Dirección General de Aduanas confirmó en todas sus partes la liquidación oficial recurrida por considerar que al existir vinculación comercial entre el proveedor e importador, de acuerdo con las normas de valoración en Aduanas de Bruselas, ya determinada por la División de Valorización para un caso similar, debía efectuarse el correspondiente reajuste para este caso, tomando el precio final otorgado por dicha oficina para una mercancía idéntica.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la sociedad Olivetti Colombiana S. A., por intermedio de apoderado judicial, acudió en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para demandar la nulidad de los actos administrativos que le determinaron mayores valores sobre la declaración de mercancías No. 28783 de julio 18 de 1988, y como restablecimiento del derecho para que se condene a la Nación a pagar a Olivetti Colombiana S. A., el valor de la suma pagada por tal concepto, también el valor de la pérdida del valor adquisitivo entre la fecha en que se hizo efectivo el pago de la diferencia entre la liquidación privada y la oficial, más los intereses comerciales de las cantidades anteriores.

En el capítulo destinado al concepto de violación, explica el demandante que los actos administrativos acusados violan los artículos 6o. numerales 1o. y 2o. y 14, parágrafo, del Decreto 2011 de 1973. La primera disposición porque la Administración de la Aduana Interior de Bogotá hizo caso omiso del precio pagado consignado en la documentación (registro de importación y factura) con la cual se cumplen las condiciones de los literales a) y b) del numeral 1o., en cuanto a que "el contrato de compraventa se ejecuta en un plazo que esté de acuerdo con las prácticas y usos mercantiles y el precio convenido corresponde al de libre competencia entre un comprador y un vendedor independiente uno de otro...". La segunda disposición, porque la Dirección General de Aduanas no fijó porcentaje de ajuste alguno, sino que el aforador se limitó a observar en la declaración de mercancías que el ajuste se hacía con base en el oficio No. 3415 de la División de Valoración para mercancía idéntica, sin mediar actuación administrativa al respecto.

También consideró que se había violado el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, que establece que: "Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados", y que en el presente caso, los hechos en los que se fundó la presunción no estaban probados, y los datos contenidos en la factura No. 10230 de mayo 10 de 1988, y la Licencia de Importación No. 080971 del 27 de diciembre de 1987, correspondían al valor normal en Aduana, por lo que para rechazar éste, la Administración y la Dirección General de Aduanas han debido probar plenamente la inexactitud alegada.

Para la demandante, la vinculación comercial entre el proveedor y el comprador, no es plena prueba de que el precio señalado no sea el valor normal en Aduana: "para poder llegar a dicha conclusión es indispensable que se demuestre con pruebas fehacientes que se hicieron rebajas o descuentos no admitidos".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 15 de diciembre de 1992, se pronunció en sentido adverso al *petitum* demandatorio, al desestimar las súplicas de la demanda.

Fundamentado en los argumentos expuestos por el representante judicial de la entidad demandada, el *a-quo*, estimó que para la época de los hechos la División de Valoración, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 075 de 1976, vigente para la época, tenía facultad para determinar el precio oficial de las mercancías importadas, y que en el caso de las mercancías importadas por la actora, el precio oficial había sido establecido mediante el oficio No. 3415 del 28 de septiembre de 1987, razón por la cual, concluyó que los argumentos expuestos por la demandante no estaban llamados a prosperar.

LA APELACION

Cuestiona el apoderado de la sociedad actora la decisión del Tribunal, porque a su juicio es equivocada, toda vez que el artículo 40 del Decreto 075 de 1976, desarrollado por el artículo 28 del Decreto 2011 de 1973, no es aplicable al *sub-lite*, ya que existen listas de precios oficiales para la clase de bienes importados por su representada, por lo que se trataba de una operación sometida a las reglas de valoración que contempla el Decreto 2011 de 1973, que introdujo en la legislación colombiana los mecanismos y criterios de la definición de valor de Bruselas.

Para efectos de la liquidación de los derechos de importación, aclara, que el mencionado decreto señala claramente que "el valor normal en aduanas de la mercancía es su precio normal", el cual constituía la base gravable, y que sólo cuando el precio no corresponde a una venta en condiciones de libre competencia entre comprador y proveedor "independiente uno de otro" o no se cumplen los requisitos exigidos en el mismo, es viable que la autoridad aduanera ajuste dicho precio en la cantidad señalada por la ley, conforme lo disponen los artículos 12, 13, 14, 15 y 16 del citado Decreto 2011 de 1973.

En el caso de su representada, el aforador ajustó el valor FOB aumentándolo de US$204.oo a US$269.oo, "sin que se hubiera definido por parte de la autoridad aduanera la no correspondencia del precio pactado frente al valor normal en aduanas",

sino que se "argumentó que se asumía el precio fijado por la División de Valoración para idéntica mercancía consultada con Oficio No. 3415" sin determinar previamente si la operación realizada entre Olivetti Colombiana S. A. y Olivetti Singapore Pte. Ltd., incumplía las condiciones de libre competencia que facultaran a la Aduana a efectuar el ajuste del valor en la declaración de mercancías No. 28783 del 18 de julio de 1988.

Concluye que en este proceso no ha existido fijación de precios oficiales de que trata el artículo 28 del Decreto 2011 de 1973, sino un ajuste al valor normal por parte del funcionario aforador, pasando por alto el procedimiento consagrado en el Decreto 2011 de 1973, para efectos de la determinación de la base gravable sobre la cual han de determinarse los derechos de importación.

Concordante con lo anterior, solicita a la Corporación, revocar la sentencia apelada y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte actora: Sobre la existencia de vinculación entre comprador y vendedor, aclara que para que la Aduana pueda desconocer el precio pactado es indispensable que aquella haya influido directamente en la fijación de precios, como lo señala la Instrucción No. 0029 del 31 de diciembre de 1992, reglamentaria del Decreto 2178 de 1992, sobre el valor aduanero de las mercancías, en el numeral 2.1.1. precisa que para rechazar el precio declarado por el importador como pagado o por pagar, es requisito indispensable que la vinculación entre vendedor y comprador haya influido en la determinación del precio, disposición que señala: "El precio pagado o por pagar no constituirá la base gravable o precio normal de las mercancías, cuando entre el vendedor y el comprador existió vinculación en el momento de la celebración del contrato, diferente de la que originó la propia venta, bien sea de carácter comercial, financiera o de otro tipo, la cual influyó en la determinación del precio de venta". Califica de caprichoso el ajuste efectuado por la Aduana al valor declarado por su representada, por cuanto aquélla no ha demostrado que en la fijación del precio hubiera influido la vinculación existente entre vendedor y comprador, esto es, entre Olivetti Colombiana y Olivetti Singapore Pte. Ltd.

Parte demandada: Reproduce el contenido de los artículos 1, 2, 7, 14, 16, 17, 18, 19 y 28 del Decreto 2011 de 1973, y 40 del Decreto 075 de 1976, y luego de discurrir sobre los antecedentes administrativos, manifiesta que el proceder del funcionario aforador no fue ni arbitrario ni caprichoso, puesto que a través de la investigación correspondiente se estableció que la venta cuyos derechos de importación fueron objeto de reajuste, no se realizó en condiciones de libre competencia, toda vez que la División de Valoración estableció que "entre la sociedad Olivetti Colombiana S. A. (importadora) y la sociedad Olivetti Singapore Ltd. (proveedor) existe vinculación comercial, ya que la empresa Olivetti Corporation of América con domicilio en Nueva

York, participa en el capital comercial de Olivetti Colombiana S. A., y que ésta actúa como agente representante en Colombia de Olivetti para ofrecer en venta los productos de fabricación de In. C. Olivetti y C. S. p.a. de Ivea, Italia.

Que establecida la vinculación "fue necesario verificar si el precio facturado a OLIVETTI COLOMBIANA S. A. es el mismo que el suministrador otorgaba a otro importador con quien no tuviere ninguna vinculación, o por el contrario, si por causa de la asociación comercial había sido rebajado para compensar servicios en su interés, para lo cual se dio aplicación al artículo 20 del Decreto 2011 de 1973, con base en los documentos y datos suministrados por el mismo importador y se estableció que el precio difiere en un 34.54% con respecto al declarado por el importador; por tal razón de conformidad con los artículos 13 y 14 del mismo Decreto, el precio declarado debía ser reajustado en la diferencia encontrada, a fin de restablecer las condiciones de libre competencia, determinándose que el valor FOB unitario es de US$269.08 y no de US$204.oo que era el declarado por la Sociedad demandante".

De acuerdo con lo anterior, la parte opositora, solicita a la Corporación confirmar la sentencia apelada, toda vez que a su juicio se encuentra ajustada a derecho.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico que debe resolver la Sala en esta oportunidad, tiene que ver con el ajuste que efectuó la Administración de la Aduana Interior de Bogotá al valor declarado por la sociedad actora de las mercancías importadas (máquinas de escribir electrónicas) de acuerdo con Licencia de Importación No. 080971 del 27 de diciembre de 1987 y Factura Comercial No. 10230 del 10 de mayo de 1988, y la consecuente liquidación oficial de los derechos de importación sobre la base imponible ajustada.

Por medio del Decreto 2011 de 1973, nuestra legislación aduanera acogió la Definición de Valor de Bruselas, sus Notas Interpretativas y Explicativas, así como las recomendaciones, estudios, opiniones y ejemplos del Comité de Valor, para la determinación del valor de Aduana de las mercancías importadas, a efecto de la liquidación de los correspondientes derechos arancelarios (derechos de importación).

Es así como de conformidad con la Definición del Valor de Bruselas, "El valor normal en Aduana de las mercancías para los fines de la liquidación de los gravámenes establecidos en el arancel de aduanas, es su precio normal y constituye la base imponible", es decir, el precio normal es el valor normal en Aduana de las mercancías y, a su vez, es la base sobre la cual se determinan los derechos arancelarios.

Por tanto, el artículo 2o. del citado decreto, define el concepto de "precio normal" puntualizando que: "Se entiende por "precio normal" el precio que en la fecha de la Licencia o Registro de Importación o de sus adiciones o modificaciones se estima

pudiera resultar como consecuencia de una venta efectuada en condiciones de libre competencia entre un comprador y un vendedor independiente el uno del otro". El artículo 3o. *ibídem,* señala los factores que integran el precio normal de las mercancías importadas, así como los que deben excluirse (literal c). También el artículo 6o. contempla los elementos determinantes del valor normal (precio, lugar, cantidad y nivel comercial) ".

El artículo 12, señala como regla general, que se debe tomar como "el valor normal" el precio pactado que corresponda "a una venta efectuada en condiciones de libre competencia entre un comprador y un vendedor independiente uno de otro y, además cumpla totalmente los otros requisitos estipulados en el presente decreto...".

La Definición del Valor de Bruselas, también consagra reglas fundamentales para la determinación del valor normal en Aduanas por parte de la Administración de Aduanas, entidad encargada de efectuar el control del valor imponible declarado, conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 27, que a su letra dispone: "La Administración de Aduanas está facultada para proceder a las investigaciones que estime necesarias, con el objeto de efectuar el control del valor imponible".

Entre las reglas que consagran los artículos 13 al 23 para llegar a la determinación del valor normal en Aduanas, se encuentran las relacionadas con 1) Condiciones de libre competencia, 2) Determinación del valor normal a partir del precio pagado o por pagar, 3) Determinación del valor normal a partir del precio usual de competencia, 4) Determinación del valor normal por el método racional, y 5) Determinación de la base imponible en casos especiales.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se observa que el método utilizado por la Administración de la Aduana Interior de Bogotá para determinar el valor normal en Aduanas de las mercancías importadas por la sociedad actora, fue el relacionado con "la determinación del valor normal a partir del precio usual de competencia" que consagran los artículos 17, 18 y 19 del Decreto 2011 de 1973, mediante el cual se rectifica o ajusta el precio declarado cuando es inferior al precio que usualmente tenga idéntico o similar producto, evento en el cual se aumenta el valor de este último, para efectos de determinar sobre él la base imponible sobre la cual se liquidan los correspondientes gravámenes arancelarios.

Los artículos en comento establecen el procedimiento en cita, así:

> "Artículo 17. Cuando el precio declarado sea inferior al usual de competencia, se procederá a su rectificación o ajuste, en la cantidad correspondiente a la diferecia existente, para los efectos de la determinación del valor normal".
>
> "Artículo 18. Se entiende por precio usual de competencia el que habitualmente se aplica en las transacciones comerciales en condiciones de libre competencia,

para mercancías extranjeras idénticas o similares a las que se valoran. Este concepto de precio usual de competencia se aplica igualmente para la determinación del valor normal de la mercancía cuyo precio esté influido por medidas gubernamentales del país de origen".

"Artículo 19. Para determinar el precio usual de competencia de una mercancía a valorar, se debe tener en cuenta el precio de venta en condiciones de libre competencia de una mercancía extranjera de características idénticas, o en su defecto similares y transada en iguales circunstancias respecto a tiempo, cantidad y nivel comercial".

Como se observa, conforme a este procedimiento se determina el valor normal a partir del precio usual de competencia, "en condiciones de libre competencia para mercancías extranjeras idénticas o similares a las que se valoran" que fue el procedimiento que tuvo en cuenta el funcionario aforador al efectuar el reajuste del valor declarado con base en el precio fijado por la División de Valoración para idéntica mercancía, el cual, al resultar superior al valor declarado por la sociedad actora, lo reajustó en la diferencia establecida, hasta alcanzar el valor usual de competencia, aplicado a una mercancía idéntica en condiciones de libre competencia, con lo cual se ajustó a lo dispuesto en el artículo 17, antes transcrito, en cuanto al ajuste o rectificación del valor declarado se refiere.

En estas condiciones, para la Sala no fue indebido el procedimiento utilizado por el funcionario aforador para reajustar el valor declarado por la sociedad actora, toda vez que la ley autoriza, como ha quedado establecido, una rectificación o ajuste del valor declarado partiendo del precio usual de competencia, esto es, del establecido para una mercancía idéntica o similar en venta efectuada en condiciones de libre competencia.

De los antecedentes administrativos surge que la División de Valoración determinó el valor normal partiendo del mismo precio declarado, para llegar a un precio en condiciones de libre competencia entre un vendedor y un comprador independientes completamente el uno del otro, por tanto, efectuó un reajuste del 34.5% sobre el valor declarado, determinando un precio de US$269.oo FOB por unidad para las máquinas de escritura marca Olivetti importadas para restablecer las condiciones de la libre competencia, precio que tuvo en cuenta el aforador para efectuar el ajuste que se discute en el presente proceso, por lo que el proceder de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá, contrario a lo que sostiene el apelante, se ajustó a las normas que para determinar el valor normal de las mercancías importadas consagra la Definición de Valor de Bruselas que adoptó el Decreto 2011 de 1973, para efectos de determinar los derechos arancelarios o derechos de importación.

En consecuencia, la sentencia del *a-quo*, debe confirmarse, teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden.

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 15 de diciembre 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* (ausente), *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

DIVIDENDO NO GRAVADO/UTILIDADES RETENIDAS/PRUEBA CONTABLE-Eficacia/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Encontrándose debidamente establecido por medio de pruebas contables, como son las certificaciones expedidas por los Revisores Fiscales, de que los valores correspondientes a los dividendos declarados por la actora en el año de 1988 provienen de utilidades retenidas hasta diciembre 31 de 1985 que figuran en las declaraciones tributarias de las sociedades de donde provienen, hace que se desvirtúe la actuación de la Administración Tributaria al pretender gravar los mencionados dividendos con la tarifa del 30% toda vez que la contribuyente ha demostrado tener derecho al beneficio fiscal consagrado en el artículo 1o. del Decreto 2539 de 1987.

RENTA PRESUNTIVA/SOCIEDAD EXTRANJERA/CONTRIBUYENTE NO DECLARANTE

En cuanto a la petición de devolución de la suma liquidada y pagada a título de renta presuntiva, se estima que si bien los dividendos sobre los cuales se efectuó Retención en la Fuente fueron recibidos por una persona jurídica extranjera sin domicilio en el país, en este caso concreto no es aplicable el numeral 2o. del art. 592 del E. T., el cual señala qué personas o contribuyentes no están obligados a declarar, debido a que en el renglón 14 de la declaración de renta aparecen otros ingresos distintos a los dividendos declarados sometidos a retención. Luego encontrándose obligada fiscalmente la sociedad actora a presentar declaración de renta en el año gravable 1988 por denunciar ingresos distintos a los sujetos a retención en la fuente, se estima que si consideraba que había incurrido en error al aplicar indebidamente la renta presuntiva debió haber corregido el pretendido yerro en la forma

y en la oportunidad prevista en las normas vigentes. Merece destacarse el hecho de que la Ley Fiscal estableció la renta presuntiva para todos los contribuyentes del impuesto de renta con excepción de las entidades sin ánimo de lucro y el Idema (art. 36 Ley 9a. de 1983) sin que tal excepción cobije a las personas jurídicas extranjeras como la sociedad contribuyente que auspicia su no obligación sin fundamento legal.

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

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5362. Actor: Amiantus A.G. Apelación sentencia de 18 de noviembre de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Impuesto de renta año gravable 1988).

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por la parte demandada, contra la sentencia de 18 de noviembre de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos correspondientes a la liquidación de corrección aritmética y determinó el impuesto de renta del año gravable 1988 a cargo de la contribuyente AMIANTUS A. G. Nit. 800.047.944.

ANTECEDENTES

En su condición de sociedad extranjera la contribuyente el 5 de julio de 1989 presentó la respectiva declaración en el Banco de Crédito (Oficina Principal) denunció un total de ingresos netos de $154.790.000 por concepto de dividendos y otros ingresos (renglones 13 y 14); determinando el respectivo impuesto de renta sobre una renta líquida de $55.298.000. Así mismo, en el renglón 28 registró como RENTA PRESUNTIVA la cantidad de $57.288.000.

Teniendo en cuenta que la renta presuntiva es superior a la renta líquida gravable la sociedad liquidó el impuesto sobre la suma de $57.288.000 así:

	Base	Tarifa	Impuesto
1) Dividendos sobre utilidades hasta diciembre 31 de 1985	$37.118.176	al 20%	= $ 7.423.635
2) Dividendos sobre utilidades a partir de 1986	18.179.424	al 25%	= $ 4.544.856
3) Renta presuntiva sobre ingresos	1.900.000	al 30%	= $ 597.000
			$ 12.565.491

De acuerdo con lo anterior la contribuyente aproximó este guarismo a la cantidad de $12.566.000 y restó el valor de retenciones en la fuente por concepto de dividendos ($11.969.000, resultando un saldo a su cargo de $597.000 el cual aparece cancelado en la fecha de presentación de la declaración de renta.

Sin embargo, la Administración Tributaria sin suministrar explicación alguna en el memorando de la liquidación oficial de corrección aritmética No. 00462 de mayo 10 de 1991 aplicó la tarifa del 30% sobre el total de la renta presuntiva ($57.288.000), es decir determinó el impuesto de renta en la cantidad de $17.186.000; y sobre la diferencia de la suma liquidada de menos por la contribuyente como impuesto de renta ($4.620.000), impuso sanción por error aritmético en la suma de $1.386.000. (fls. 34/37).

Con motivo del recurso de reconsideración la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá por medio de la Resolución 00184 de 27 de mayo de 1992 modificó parcialmente la liquidación oficial de corrección aritmética, pues liquidó a la tarifa del 25% la partida de $55.298.000 ($13.824.500) y a la tarifa del 30% la diferencia que existe entre $57.288.000 y $55.298.000 es decir $1.990.000 resultando por concepto de impuesto de renta un total de $14.422.000 en vez de $17.186.000 (fls. 38/37).

Agotada la vía gubernativa la contribuyente ocurrió en demanda ante el Tribunal argumentando que no incurrió en error aritmético al liquidar el impuesto de renta; y que por lo tanto, no hay lugar al pago de mayores impuestos y sanciones por el año gravable de 1988. Que por contrario, se declare que el impuesto de renta corresponde al valor de lo retenido en la fuente por concepto de dividendos, es decir la cantidad de $11.969.000, de lo cual resulta a su favor la suma de $597.000 pagada a la Administración, pues es inexistente desde el punto de vista del derecho sustancial, motivo por el cual debe ser devuelta porque se configura un pago de lo no debido.

Surtido el trámite de rigor, el *a-quo* profirió sentencia de mérito argumentando que en vista de que la actora acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1o. del Decreto Ley 2539 de 1987, respecto de los dividendos provenientes de Eternit Atlántico S. A. y Eternit Pacífico S. A. por concepto de utilidades obtenidas con anterioridad al 1o. de enero de 1986, las cuales aparecen retenidas en las respectivas declaraciones de renta del año gravable de 1985, tales ingresos están sometidos a la tarifa del 20% como lo preceptúa la mencionada norma. En consecuencia, por medio de una nueva liquidación modificó el valor del impuesto de renta correspondiente a la partida de dividendos ($37.118.176) sobre utilidades obtenidas en Eternit Atlántico S.A. y Eternit Pacífico S.A. hasta diciembre 31 de 1985 liquidándola al 20% en vez del 30% que se le aplicó en la liquidación oficial de corrección aritmética.

Respecto a la renta presuntiva sobre ingresos ($1.990.000) mantuvo el valor de lo liquidado y pagado ($597.000), porque la actora no indicó la norma transgredida por la

Administración que conduzca a que quede excluida de la determinación de la renta por el sistema de presunción (fls. 150/170).

RECURSO DE APELACION

En la sustentación del recurso el apoderado judicial de la Administración Tributaria insiste en que la actora en ningún momento ha cumplido con las exigencias del artículo 1o. del Decreto 2539 de 1987 para hacerse acreedora a la tarifa del 20% sobre los dividendos provenientes de Eternit Atlántico S. A. y Eternit Pacífico S. A. porque a su juicio Amiantus A. G. ha debido demostrar, a través de la sociedad "Administradora S. A.", encargada en Colombia de administrarle sus bienes, que los dividendos provenientes de Eternit Atlántico S. A. y Eternit Pacífico S. A. aparecían en una cuenta de Activo que reflejara la cantidad por recibir. Igualmente, que le correspondía demostrar por intermedio de la "Administradora S. A." que los dividendos por recibir habían sido cancelados y que entraron a formar parte de sus ingresos por el año gravable de 1988.

Así mismo señala que en vista de que las declaraciones de renta y patrimonio del año gravable de 1985 correspondientes a Eternit Atlántico S. A. y Eternit Pacífico S. A. no demuestran el hecho discutido, la sentencia del Tribunal no resulta acertada y por lo tanto debe revocarse para que de esta manera se confirme la legalidad de los actos demandados.

Por lo demás, critica el fallo del *a-quo* porque hace reconocimiento de pagos por valor de $597.000 precisando que, no obstante que en el formulario de la declaración de renta aparece que la sociedad cancela esa suma, ello no significa que necesariamente sea imputada al año gravable declarado de 1988, pues en dicha declaración se registra el pago, mas no la manifestación de corresponder a la anualidad de 1988 tal como lo preceptúa el artículo 804 del Estatuto Tributario (fls. 175/179).

También apela la sentencia el apoderado de la parte actora observando que, si bien el Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al determinar el total del impuesto a cargo en la suma de $12.566.000, valor que coincide con el que registra la liquidación privada efectuada por la contribuyente en su declaración tributaria de 1988, la sentencia se limita simplemente a afirmar que "no existió error aritmético". Por lo tanto considera que el fallo no fue lo suficientemente explícito, pues la controversia nada tiene que ver con la equivocación en la realización de una operación artimética, sino con la elección de la norma aplicable respecto a las tarifas que gravan los dividendos de una persona jurídica sin domicilio en Colombia, lo cual quiere decir que el debate versa sobre aspectos de fondo de uno de los elementos esenciales del tributo.

En relación con el punto único de inconformidad del actor, que consiste en la devolución del valor del impuesto ($597.000) liquidado sobre la partida de renta

presuntiva ($1.990.000) por la misma contribuyente en su declaración de renta del año 1988, señala que e un yerro de ésta que constituye un enriquecimiento sin causa para el Estado y un pago de lo no debido para la declarante, cuyo reconocimiento debe hacerse en favor del administrado.

Sostiene que al examinar los avances legislativos de los últimos años se establece que los extranjeros sin residencia en Colombia, cuyos ingresos provengan exclusivamente de dividendos por participación en sociedades colombianas, no están obligados a presentar declaración de renta, toda vez que el impuesto a pagar (liquidado sobre la renta ordinaria) se retiene en su totalidad en la fuente. De lo anterior deduce que si no estuvieran excluídos de la aplicación del sistema de renta presuntiva, deberían presentar su declaración y pagar el correspondiente tributo, cuando tal renta presuntiva resulte superior a la renta líquida ordinaria.

En resumen, que las sociedades extranjeras sin domicilio en Colombia tienen una tarifa especial del impuesto el cual es único tributo y sistema de tributación que le es aplicable, donde está claramente establecida la renta líquida gravable; y que el sistema de renta presuntiva resulta incompatible con las disposiciones especiales (fls. 185/190).

ALEGATOS DE CONCLUSION

En primer lugar, el apoderado judicial de la Administración Tributaria descorre el traslado para precisar que no le asiste razón al apelante de la actora, al afirmar que en su condición de sociedad extranjera sin domicilio en Colombia no estaba obligada a presentar declaración de renta, porque de acuerdo con el artículo 20 del Estatuto Tributario las sociedades extranjeras son contribuyentes respecto de su renta y ganancia ocasional de fuente nacional, lo cual ha sido probado a través del proceso.

Además, que según el artículo 592*ibídem* las sociedades extranjeras sin residencia o domicilio en el país, no están obligadas a declarar siempre y cuando la **totalidad** de sus ingresos hubieran estado sometidos a retención en la fuente, en cuya situación no está Amiantus A. G. porque en su declaración tributaria presenta ingresos diferentes a los dividendos y participaciones, lo que la hace un ente sujeto a la obligación de declarar, tal como lo hizo por el año en cuestión.

Relieva entonces que si la sociedad Amiantus A. G. estaba obligada a declarar, no se entiende cómo no pueda aplicarse, para determinar la renta de la actora, el sistema de renta presuntiva en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 6 del Decreto 353 de 1984.

Por lo demás, señala que la ley instituyó la figura de la renta presuntiva para todos los contribuyentes del impuesto de renta con la sola excepción de las entidades sin ánimo de lucro y para el Idema.

En conclusión, señala que mal puede pretender la sociedad que le sea aceptada la petición para que la renta presuntiva, que declaró y gravó en su denuncio fiscal, sea ahora desconocida por la jurisdicción contencioso administrativa y que como consecuencia de ello se declare la existencia de un saldo a favor (fls. 196/199).

En segundo lugar, descorre el traslado el apoderado de la sociedad actora quien se remite a los argumentos expuestos en la sustentación de la apelación (fl. 195).

En esta instancia no se registra actuación alguna por parte del Delegado Séptimo de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación (fl. 192).

CONSIDERACIONES

Procede la Sala al estudio y decisión de la impugnación formulada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el sentido de que el Tribunal dio por cumplidos los requisitos exigidos por el artículo primero del Decreto 2539 de 1987 liquidando los dividendos recibidos ($37.118.176) en el año discutido a la tarifa del 20%, sin verificar debidamente que figuraban como utilidades retenidas en la declaraciones de renta de Eternit Atlántico S. A. y Eternit Pacífico S. A. correspondiente al año gravable 1985, pues a su juicio los valores que allí aparecen no indican con certeza que correspondan a dividendos decretados a favor de la actora.

Sobre este aspecto la Sala observa que, si bien la sentencia hace énfasis en el cumplimiento, por parte de la actora, del tercer requisito del artículo 1o. del Decreto 2539 de 1987 para hacerse merecedora a la reducción de la tarifa del 20% sobre dividendos, es decir haber sido presentadas las declaraciones de renta donde figuren las utilidades retenidas a más tardar el 30 de julio de 1986; lo cierto es que también el fallo hace alusión a los otros dos requisitos como el tratarse de una sociedad extranjera sin domicilio en el país y que recibió dividendos en 1988 provenientes de utilidades retenidas hasta el 31 de diciembre de 1985 según lo expresan las certificaciones expedidas por los respectivos Revisores Fiscales de Eternit Atlántico S. A. y Eternit Pacífico S. A.

Ahora bien, examinando la declaración de renta del año gravable 1985 de Eternit Atlántico S. A. junto con certificación expedida por el Revisor Fiscal José Lucas Fulleda Fontalvo (Matrícula 932 T) visibles a folios 58, 61 y 62, de su contenido se establece que en el renglón 83 del formulario se registra la partida de $48.150 correspondiente a ganancias retenidas de años anteriores (no decretadas), al igual que en el renglón 86 aparecen las utilidades del ejercicio (no decretadas) por la suma de $145.884.462. En esta certificación el Revisor Fiscal expresa que en el año de 1988, se pagaron dividendos a la sociedad Amiantus A. G., como accionista de Eternit Atlántico S. A.por un valor de $31.762.500 de los cuales la suma de $20.850.715 corresponden a utilidades obtenidas por Eternit Atlántico S. A. antes del 1o. de enero

de 1986 y la cantidad de $10.911.785 a utilidades producidas con posterioridad a esa fecha.

De otra parte, vista la declaración de renta del año gravable 1985 de Eternit Pacífico S. A. junto con la certificación expedida por el Revisor Fiscal Jorge Hernández (Matrícula 113 T) visibles a folios 60, 63/66, de su contenido se establece que en el renglón 86 del formulario de la declaración se registran utilidades del ejercicio (no decretadas) por la suma de $140.077.501. En esta certificación se indica que en el año de 1988 se causaron dividendos a favor de Amiantus A. G., accionista de Eternit Pacífico S. A. por un valor de $23.535.100, de los cuales la suma de $16.267.461 corresponden a utilidades obtenidas por Eternit Pacífico S. A. antes del 1o. de enero de 1986.

De manera que, encontrándose debidamente establecido por medio de estas pruebas contables, como son las certificaciones expedidas por los Revisores Fiscales, de que los valores correspondientes a los dividendos declarados por la actora en el año gravable de 1988 provienen de las utilidades retenidas hasta diciembre 31 de 1985 que figuran en las declaraciones tributarias de Eternit Atlántico S.A. y Eternit Pacífico S.A., la Sala habrá de confirmar la sentencia del Tribunal en cuanto a este punto, porque considera que las distintas pruebas allegadas al proceso, a más de ser idóneas, devirtúan la actuación de la Administración Tributaria al pretender gravar los mencionados dividendos con la tarifa del 30% toda vez que la contribuyente ha demostrado tener derecho al beneficio fiscal consagrado en el artículo 1o. del Decreto 2539 de 1987.

En efecto, es preciso relievar que si bien la sociedad actora en la vía gubernativa cumplió con dos de los tres requisitos que exige el artículo 1o. del Decreto 2539 de 1987, como lo expresa la Resolución 0184 de mayo 27 de 1992 que decidió el recurso de reconsideración, con motivo del debate jurisdiccional ante el Tribunal cumplió a cabalidad el tercer requisito, es decir que tales dividendos cancelados o abonados en cuenta provenían de utilidades retenidas que registran las declaraciones de renta de 1985 de Eternit Atlántico S. A. y Eternit Pacífico S. A., presentadas antes del 30 de julio de 1986, allegando al proceso sendas fotocopias autenticadas de tales declaraciones tributarias acompañadas de certificaciones expedidas por los Revisores Fiscales de las sociedades que decretaron los dividendos. Es decir, liquidar el impuesto de renta de los dividendos a la tarifa del 20%. No prospera el cargo.

En cuanto a la petición de la parte actora referente a la devolución de la suma liquidada y pagada por ella a título de renta presuntiva, la Sala estima que, si bien los mencionados dividendos sobre los cuales se efectuó retención en la fuente fueron recibidos por una persona jurídica extranjera sin domicilio en el país, en este caso concreto no es aplicable el numeral segundo del artículo 592 del Estatuto Tributario, el cual señala qué personas o contribuyentes no están obligados a declarar, debido a que

en el renglón 14 de la declaración de renta aparecen otros ingresos ($99.492.000) distintos a los dividendos declarados sometidos a retención.

De manera pues, que encontrándose obligada fiscalmente la sociedad actora a presentar declaración de renta en el año gravable de 1988 por denunciar ingresos distintos a los sujetos a retención en la fuente, la Sala estima que si consideraba que había incurrido en error el aplicar indebidamente la renta presuntiva debió haber corregido el pretendido yerro en la forma y en la oportunidad prevista en las normas vigentes.

Empero, lo que aquí merece destacarse es el hecho de que la Ley Fiscal estableció la renta presuntiva para todos los contribuyentes del impuesto de renta con excepción de las entidades sin ánimo de lucro y el Idema (artículo 36 Ley 9 de 1983), sin que tal excepción cobije a las personas jurídicas extranjeras como la sociedad contribuyente que auspicia su no aplicación sin fundamento legal. Por tanto, no prospera el cargo.

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

FALLA:

1o.- Confírmase la sentencia de 18 de noviembre de 1993 proferida en el Juicio 9081 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las peticiones formuladas por la sociedad AMIANTUS A. G. Nit. 800.047.944 en relación con el impuesto de renta del año gravable de 1988.

2o.- Reconócese personería al doctor Juan Carlos Guerrero Cárdenas, de acuerdo con poder visible a folio 201 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 Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate* (Ausente), *Delio Gómez Leyva.*

Carlos Alberto Flórez, Secretario.

BONIFICACION HABITUAL/CONFESION/INDICIO–Apreciación/ **PRESUNCION DE VERACIDAD**

El solo hecho de que en el artículo 127 del C.S.T. se digan salario, entre otras remuneraciones, las "bonificaciones habituales" y de que supuestamente la demandante hubiera reconocido la habitualidad, no era suficiente para concluir que los pagos glosados se hacían a título de "remuneración fija u ordinaria", toda vez que la Administración, realmente, no disponía de una prueba en tal sentido. En efecto, el "indicio" que se pretendió hacer valer contra la contribuyente, no era otra cosa que una especie de confesión de ésta, referente a haber dado bonificaciones por dos años consecutivos, pero que, al propio tiempo, contenía la manifestación expresa de haberse obrado ocasionalmente y por mera liberalidad, que fuera, o no, "expresión de circunstancias lógicamente inseparables del hecho admitido, que hiciera indivisible la confesión, en los términos del art. 75 del Decreto 1651 de 1961, de cualquier manera había contrarrestado el efecto indiciario pretendido, ya que las salvedades de la contribuyente, que debían entenderse acreditadas mediante la presunción de veracidad de la declaración del período, conforme al art. 33 de la Ley 52 de 1977, no habiéndose cuestionado la forma o instrumentación de dicha declaración, le habían restado al "indicio" la "gravedad, concordancia y convergencia" de que habla el art. 250 del C. de P. C.

DEPRECIACION FLEXIBLE/SISTEMA DE DEPRECIACION

Los bienes a que se refiere el art. 1o. del Decreto 1649 de 1976 adquiridos después del 31 de diciembre de 1975 "y" que a tiempo de su adquisición, no hubieran tenido uso en el país, esto es que, respecto de los mismos, deben cumplirse ambas exigencias. No podrá ser cierto,

que la última parte del artículo en cita, fuera la que se refiriera a "los bienes importados" pues las dos proposiciones de la norma se hallan ligadas por la preposición copulativa "y" y no por la disyuntiva "o" lo que implica que, tanto la adquisición después del 31 de diciembre de 1975, como el no uso en el país, se predican conjuntamente de los bienes de que ahí se trata. Si bien el art. 59 del Decreto 2053 de 1974, la norma reglamentada, no trata de la "depreciación flexible" discutida, regulada por los decretos reglamentarios en cuestión autoriza en su numeral 1o. para el cálculo de la depreciación, el uso de cualquier "otro sistema de reconocido valor técnico" e igualmente para bienes adquiridos con posterioridad a la vigencia del decreto y con vida mayor de cinco años que se aplique el sistema de reducción de saldos "con base en un porcentaje equivalente al doble del que hubiera de aplicarse en el sistema de línea recta"-

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

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5398. Apelación sentencia de 2 de diciembre de 1993 del Tribunal Administrativo de Antoquia. Impuesto sobre la Renta del período impositivo de 1984. Actor: Jaime Uribe y Asociados Ltda. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone el director de Impuestos y Aduanas Nacionales respecto de la sentencia de primer grado, de 2 de diciembre de 1993, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al período impositivo de 1984, promovido por JAIME URIBE Y ASOCIADOS, LTDA., entre otros actos, contra la liquidación de revisión No. 0453 de 26 de junio de 1987 y la Resolución No. 0231 de 29 de julio de 1988, expedidas por las Unidades de Liquidación y Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento, el acto liquidatorio impugnado rechazó deducciones solicitadas por concepto de "bonificaciones" ($1.086.165) y "depreciaciones" ($6.382.974), las primeras, por falta de prueba sobre aportes patronales; las segundas, referidas a "edificios", en razón de haberse limitado las mismas al 50% del valor de éstos, actuación confirmada íntegramente en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Dice violados, por los conceptos que se resumen, los siguientes preceptos:

1. El artículo 26 de la Constitución, por haberse pretermitido normas del procedimiento vigente, con quebrantamiento de la garantía del debido proceso.

2. El articulo 46 de la Ley 52 de 1977, en cuanto la liquidación de revisión, no se habría contraído a los hechos contemplados en el requerimiento especial y su contestación.

3. El artículo 49 ib., por haber omitido, la liquidación oficial, la explicación sumaria de las modificaciones a la liquidación privada, en particular, las relacionadas con la interpretación que, en materia de las "bonificaciones" reclamadas, debía dársele, "al artículo 1o. del Decreto 1649 de 1976, en armonía con la prohibición establecida en el artículo 7o. del Decreto 3838 de 1985, ratificada por el 3o. del Decreto 1773 de 1986...".

4. El artículo 57-4 ib., por falta de aplicación, no obstante la señalada ausencia de motivación.

5. El artículo 47 del Decreto 825 de 1978, por la misma razón anterior.

6. El artículo 128 del C. S. de T., por interpretación errónea, en lo que hacia relación a los conceptos de ocasionalidad y mera liberalidad de las "bonificaciones", que las excluirían de los ingresos constitutivos de salario y, por ende de las cotizaciones patronales.

7. El artículo 17 de la Ley 21 de 1982, por habársele dado un alcance del que carecía, referente a la noción de "nómina mensual", pues la Administración habría incluido en ésta, pagos no causados, no ajustándose a la realidad la base de cálculo de los aportes.

8. El artículo 1o. del Decreto 1649 de 1976, en cuanto la Unidad de Recursos habría hecho una discriminación de los activos depreciables, no prevista por la ley, por interpretación errónea del artículo invocado, violando igualmente el artículo 59, numeral 1o., del Decreto 2053 de 1974, reglamentado.

9. El artículo 5o. ib., por aplicación indebida, "en lo que hace con la utilización del término de la vida útil a activos que gozaban de una reglamentación especial".

LA SENTENCIA

Deniega el cargo por la alegada falta de explicación sumaria de la liquidación, pues no podía la contribuyente, "entender algo diferente de lo allí consignado en cuanto a la

tesis de la Administración de que una depreciación intentada por $6.382.974, correspondía a una mala aplicación del Decreto 1649 de 1976 y que las bonificaciones habían sido tomadas como salarios...".

Respecto de las depreciaciones, dice que lo que se lee en el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1649 de 1976, es que "los bienes depreciables que hayan ingresado al activo del contribuyente con posterioridad al 31 de diciembre de 1975 y que en el momento de ser adquiridos por éste no hubieran tenido uso en el país, podrán depreciarse en cuotas anuales iguales o desiguales durante su vida útil, siempre y cuando ninguna de éstas exceda del 40% del costo", en tanto que la Administración entiende que la expresión, "no hubiera tenido uso en el país", excluye los terrenos; con todo, da razón a la contribuyente, en el sentido de que la norma no hacía ninguna diferencia y que tan amplia era, que se necesitó expedir los Decretos 3838 de 1985 y 1773 de 1983, que dispusieron que la depreciación contemplada por el decreto 1649 de 1976, no era aplicable a inmuebles ni a bienes introducidos al país con licencia temporal, "agregando que el sistema de depreciación consagrado no era para los edificios".

Por lo que hace a las bonificaciones, considera que "podrían ser también un caso similar", pues la única razón para que se tuvieran por salarios, sería la de que en el año anterior "también se hubieran otorgado", bastando, entonces, con establecer el alcance de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que enseñarían lo que constituye, o no, salario, "y donde las bonificaciones y gratificaciones ocasionales que se otorgaron podrían acomodarse en lo definido por el último artículo citado, máxime cuando no hacían parte de la nómina mensual de la empresa, de que habla el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 ..." (lo que, concretamente, hace el fallo, es reconocer también la deducibilidad de las bonificaciones).

EL RECURSO

La entidad demandada alega que:

Sobre las bonificaciones, anota que, según el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las ocasionales y concedidas por mera liberalidad, no constituyen salario, pero sí las habituales, conforme al artículo 127 ib., aparte de que mediante instrucción No. 10 de 20 de abril de 1974, la Dirección de Impuestos y el SENA habían fijado los factores integrantes de salario para la determinación de la base de liquidación de los aportes, incluyéndose las bonificaciones por mera liberalidad, pero habituales.

Afirma, que la sentencia desechó el carácter salarial de las bonificaciones, "con un argumento bastante simplista", no obstante incumbir a la accionante la carga de probar la habitualidad u ocasionalidad de las mismas y habiéndose basado la Administración en prueba indiciaria, dado que, "de demostrarse en la investigación administrativa que la sociedad de autos había cancelado (sic) a sus empleados

idéntica bonificación durante el año gravable de 1983, dedujo de este solo hecho, que en el pago de dichas bonificaciones se presentaba la habitualidad que predica el artículo 127 del C. S. T., para considerar como salario las bonificaciones hechas a los trabajadores...", mientras que la contribuyente' habría omitido la prueba de la ocasionalidad.

En relación con las depreciaciones, insiste en que al consignar el legislador, en el artículo 1o. del Decreto 1649 de 1976, la expresión, "que en el momento de ser adquiridos por éste no hubieran tenido uso en el país", no habría tenido otra intención, "que la de imponer una condición más, relativa a los activos a los cuales se dirigía esta norma, deduciéndose, por tanto, que se trataba de importaciones efectuadas directamente por el contribuyente o por intermedio de terceros, de activos sin uso en el país, caso en el cual procede la depreciación del 40%", no pudiéndose pensar siquiera, que la norma incluyera, "los activos depreciables bajo la denominación 'edificios'", ni siendo legal ni lógica la interpretación de la actora, de "ubicar dentro del concepto 'activo importado', los edificios por ella poseídos"; la norma implicaría, así, el beneficio, solo "para activos importados, concretamente, maquinaria o bienes de capital", lo que sería reafirmado por el artículo 3o. del mismo decreto, cuando habla de desgaste sufrido por la maquinaria por exceso de operación,

Por otra parte, que los artículos 7o. del Decreto 3838 de 1985 y 3o. del Decreto 1773 de 1986, se habrían limitado a estipular expresamente, lo que el Decreto 1649 de 1976, en su artículo 1o., había señalado en forma tácita, además, excluyendo bienes importados por el sistema de licencia temporal.

ALEGATO DE LA PARTE DEMANDADA

En lo tocante a las bonificaciones, se reafirma en el criterio de que, demostrado mediante investigación administrativa el hecho de que la contribuyente hubiera pagado a sus empleados, en el año inmediatamente anterior al gravable, suma idéntica por el concepto en cuestión, se concluía dada la figura de la habitualidad prevista por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, teniéndose aquéllas por salario; sin que, de otro lado, el Tribunal hubiera realizado el análisis probatorio del caso, con el que se habría establecido la ausencia de prueba sobre la ocasionalidad alegada por la citada contribuyente y, contrariamente, la plena demostración, por prueba indiciaria, de la habitualidad, medio probatorio sobre el que se habría pronunciado la Corte Suprema de Justicia, "en sentencia 2154 que figura en la Gaceta Judicial T. LXXX", uno de cuyos apartes se transcribe.

Referente a depreciaciones, repite que no es viable desconocer el tenor literal de la norma, "haciéndose extensiva a cuestiones no definidas en la misma", pues solo

enmarcaría "la importación de activos depreciables, estableciendo el beneficio consagrado en la norma para activos importados, estos son, maquinaria o bienes de capital; insistimos en que, conforme al artículo 27 del Código Civil, 'cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu...'".

LA SALA CONSIDERA

1. Las Bonificaciones

En principio, la circunstancia de que la habitualidad y el carácter salarial de los pagos en cuestión, se "infieran" por la Administración, no ofrece mayores reparos, pues, por una parte, pertenece a la naturaleza de la prueba indiciaria el que se hagan deducciones de la conducta de las partes, y por otra, la demandante, en la contestación del requerimiento administrativo No. OAIRA-000821 de 6 de agosto de 1986, admitió haber dado bonificaciones a su personal por 1983 y 1984.

Sin embargo, el solo hecho de que en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, se digan salario, entre otras remuneraciones, las "bonificaciones habituales", y de que, **supuestamente,** la demandante hubiera reconocido la habitualidad, no era suficiente para concluir que los pagos glosados se hacían a titulo de "remuneración fija u ordinaria", toda vez que la Administración, realmente, no disponía de una prueba en tal sentido.

En efecto, el "indicio" que se pretendió hacer valer contra la contribuyente, no era otra cosa que una especie de confesión de ésta, referente a haber dado bonificaciones por dos años consecutivos, pero que, al propio tiempo, contenía la manifestación expresa de haberse obrado **ocasionalmente y por mera liberalidad**. Que fuera, o no, "expresión de circunstancias lógicamente inseparables" del hecho admitido, que hiciera indivisible la confesión, en los términos del artículo 75 del Decreto 1651 de 1961 (o 749 del Estatuto Tributario), de cualquier manera había contrarrestado el efecto indiciario pretendido, ya que las salvedades de la contribuyente, que debían entenderse acreditadas mediante la presunción de veracidad de la declaración del período, conforme al artículo 33 de la Ley 52 de 1977 (o 746 del Estatuto Tributario), no habiéndose cuestionado la forma o instrumentación de dicha declaración, le habían restado al "indicio", la "gravedad, concordancia y convergencia", de que habla el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil (aplicable al caso de conformidad con el articulo 742 del E. T.), y desvirtuado el supuesto de "estar debidamente probado" el mismo (art. 248, C. P. C).

De acuerdo con lo anterior, debe mantenerse en este aspecto, la decisión apelada.

2. Las Depreciaciones

No ocurre lo mismo con este otro aspecto de la controversia.

El texto del artículo 1o. del Decreto 1649 de 1976 es de tal claridad, que pretender que donde dice, "los bienes depreciables que hayan ingresado al activo del contribuyente con posterioridad al 31 de diciembre de 1975 y que en el momento de ser adquiridos por éste no hubieran tenido uso en el país", se deben entender comprendidos los "edificios" es, sencillamente, desacertado.

Los bienes a que se refiere el precepto, son los adquiridos después del 31 de diciembre de 1975 "y" que, a tiempo de su adquisición, no hubieran tenido uso en el país, esto es que, respecto de los mismos, deben cumplirse ambas exigencias

No podría ser cierto, según lo pretende la demanda, que la última parte del artículo en cita, fuera la que se refiriera "a los bienes importados", pues ya se destacó que las dos proposiciones de la norma se hallan ligadas por la preposición copulativa "y", y no por la disyuntiva "o", lo que implica que, tanto la adquisición después del 31 de diciembre de 1975, como el no uso en el país, se predican **conjuntamente** de los bienes de que ahí se trata.

Por otra parte, dada la advertida claridad de dicha norma, al legislador no se le podría poner a hacer distingos o diferencias sobre lo obvio; menos puede ser relevante el hecho de que decretos posteriores hubieran hecho la "distinción", porque esto a lo sumo podría interpretarse, repitiendo lo dicho por el señor abogado de la parte demandada, como reiteración expresa de lo tácitamente contemplado por la norma reglamentada, aparte de que, según lo reconoce la actora, unas normas reglamentarias no podrían hacer distingos que explícita o implícitamente no contuviera la norma reglamentada.

De hecho, el artículo 59 del Decreto 2053 de 1974, la norma reglamentada, si bien, específicamente, no trata de la "depreciación flexible" discutida, regulada por los decretos reglamentarios en cuestión, autoriza, en su numeral 1o., para el cálculo de la depreciación, el uso de cualquier "otro sistema de reconocido valor técnico", e igualmente, para bienes adquiridos con posterioridad a la vigencia del decreto y con vida mayor de cinco años, que se aplique el sistema de reducción de saldos, "con base en un porcentaje equivalente al doble del que hubiera de aplicarse en el sistema de línea recta".

Esbozada, así, la "depreciación flexible", sin que la disposición en cita prohibiera ni autorizara, expresamente, la inclusión de los "edificios" en dicho sistema, es palmario que nada impedía al reglamentador suplir una cuestión de simple detalle, excluyendo éstos del sistema, como en efecto lo hicieron los decretos reglamentarios de que se habla, punto en el que se concede prosperidad al recurso de la parte demandada, con lugar a la revocación parcial de la sentencia y a la práctica de la siguiente nueva liquidación:

JAIME URIBE Y ASOCIADOS, LTDA.
NIT: 90.909.050
AÑO GRAVABLE: 1984

	Concepto	Base Imponible	Impuesto
	RENTA		
	Gravable, según liquidación oficial	$15.126.312	
(-)	Deducciones admisibles, según esta sentencia y la apelada	1.086.265	
	Gravable definitiva, a la tasa del 18%	$14.040.047	$2.527.208
(-)	DESCUENTOS TRIBUTARIOS Reconocidos, según liquidación oficial		20.583
	Impuesto neto de renta		$2.506.625
	TOTAL A CARGO		$2.506625

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

FALLA:

Revócase parcialmente la sentencia apelada.

En su lugar, modifícase la liquidación del impuesto de renta de la sociedad JAIME URIBE Y ASOCIADOS, LTDA. NIT: 90.909.050, por el año gravable de 1984.

Como consecuencia, fíjase en la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS ($2.506.625) el valor total que debe pagar la citada sociedad por el concepto y período gravable indicados.

EL doctor WILLIAM RIBERO VALDERRAMA tiene personería para actuar en nombre de la parte demandada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate* (Ausente), *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DEPOSITO EN GARANTIA/ ACTIVIDAD FIDUCIARIA/ FONDO COMUN DE INVERSION

La Superintendencia Bancaria de manera excepcional exoneró de la obligación de constituir depósito en garantía pero con relación a los fondos comunes ordinarios, organizados de conformidad con el Decreto 938 de 1989 que en líneas generales establece que para crearlos es menester autorización previa de la Superintendencia demostrar que el proyecto a desarrollar guarda estrecha relación con las actividades que integran su objeto social, destinar sus recursos a inversión en títulos de deuda emitidos, aceptados o avalados por la Nación, otras entidades de derecho público, Banco de la República, etc., o en cualquier otro título que autorice la Superintendencia Bancaria, entre otros. La actuación administrativa estuvo ajustada a derecho toda vez que la sanción se impuso como consecuencia de la inobservancia de la Resolución 1755 de 1989. No se está de acuerdo con el argumento de que no es posible sancionar por desacato a una resolución u oficio emanados de la Superintendencia Bancaria, por cuanto éstos son simples actos administrativos sin jerarquía legal, ya que el Decreto 1939 de 1986 en su artículo 3o. literal n) la faculta para sancionar a las entidades vigiladas inclusive por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5270. Actor: Banco de Occidente. Superintendencia-Multa. Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del BANCO DE OCCIDENTE, conta la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de septiembre de 1993, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda tendientes a obtener la nulidad de las Resoluciones 1790 y 2895 de 1990 expedidas por la Superintendencia Bancaria y el correspondiente restablecimiento del derecho.

ANTECEDENTES

Previa solicitud de informaciones, la Superintendencia Bancaria a través de la Resolución 1790 del 23 de mayo de 1990 procedió a sancionar con multa al BANCO DE OCCIDENTE, porque no constituyó los depósitos en garantía durante los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 1989 en razón a las actividades de su Sección Fiduciaria.

La anterior actuación fue confirmada en su totalidad mediante la Resolución 2895 del 12 de junio de 1990.

DEMANDA

El representante judicial del BANCO DE OCCIDENTE solicitó que se decrete la nulidad de las Resoluciones 1790 de 1990 y 2895 del mismo año, básicamente con los siguientes argumentos:

1. Violación del artículo 20 de la C. N. A juicio de la actora, la Superbancaria desconoció este precepto constitucional, toda vez que sancionó al Banco por una conducta expresamente autorizada, como era la de proceder a eliminar los depósitos de garantía para secciones de fiducia, de acuerdo con lo indicado en la Resolución 1755 del 6 de junio de 1989, expedida por la Superbancaria.

2. Violación del artículo 26 de la C. N. Estimó el actor que la Resolución 1755 de 1989, modificó el No. 1 del artículo 1o. de la Resolución 5639 de 1987 con lo cual eliminó el depósito en garantía de las secciones de fiducia de los establecimientos bancarios y por tanto se sancionó al Banco por una conducta permitida.

3. Violación de las Resoluciones 4979 de 1987 y 1755 y Oficio 028141 de 1990. De acuerdo con las anteriores disposiciones, procedía la reducción de los depósitos de garantía por parte de las secciones de fiducia de los bancos.

Sólo en el Oficio 028141 se indicaron los cinco puntos que debían reunir en adelante los fondos comunes ordinarios de los establecimientos financieros, que cumplió a cabalidad el Banco; sin embargo, dicho oficio no cumplió con los requisitos de publicidad exigidos por el artículo 44 del C. C. A.

Igualmente adujo que sólo a partir de la expedición de la Circular 082 en septiembre de 1989, la Superbancaria condicionó la exoneración del depósito en garantía a las secciones de fiducia y por tanto a partir de entonces, el Banco restableció la garantía que se había eliminado.

4. Violación de los artículos 43, 44, 48 y 84 del C. C. A. Sostuvo el apoderado del Banco que el Oficio 28141 de 1990, es inaplicable por cuanto no cumplió con las exigencias de publicidad y notificación que consagra el C. C. A., dependiendo si el acto es de carácter particular o general.

5. Arguyó el demandante que la actuación administrativa es ilegal, por cuanto los motivos que alega la Superbancaria no justifican las decisiones tomadas, ya que le dieron al Oficio 028141, un alcance jurídico que no tiene.

6. Por último, argumentó que la sanción impuesta es improcedente, toda vez que sindica al Banco de la violación de la Resolución 4979 y ésta no está revestida de la categoría de Estatuto o Reglamento, como tampoco es una norma de carácter legal y por ello no se cumple lo exigido por el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982.

7. Reiteró en este punto la violación al artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, por cuanto al no ser grave la infracción incurrida por el Banco, la Superbancaria ha debido imponer la sanción mínima.

8. A juicio del actor, la sanción fue aplicada cuatro veces, por cuanto la conducta infractora es el desmonte automático del depósito en garantía y no su consecuencia.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El representante judicial de la Superintendencia Bancaria se opuso a las pretensiones de la demanda, así:

1. La sanción impuesta al BANCO DE OCCIDENTE se originó en la infracción al mandato contenido en el artículo 4o. de la Resolución 4979 de 1987, al presentar defectos de inversión durante los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 1989, en concordancia con el artículo 5 de la Resolución 214 de 1975.

Sostuvo la parte demandada que la Resolución 1755 no eliminó el depósito en garantía de las secciones fiduciarias de los establecimientos bancarios, salvo para el evento en que el fondo se encontrara organizado de acuerdo con el Decreto 938 de 1989, requisito este que no cumplió el Banco.

2. Frente al segundo cargo precisó al apoderado del Banco que, la Superintendencia Bancaria en ejercicio de su función de inspección y vigilancia, está

autorizado para expedir órdenes que tienen fuerza de mandatos legales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 45 de 1923.

Igualmente adujo que dentro de la expresión "norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal" contenida en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, se incluyen actos tales como decretos reglamentarios, circulares, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, etc., de las autoridades administrativas nacionales, dirigidas a las entidades sometidas a su control y vigilancia y a cuyo cumplimiento están obligados los vigilados.

Arguyó que la gradualidad de la sanción es facultativa del Superintendente y que para la época de los hechos, podía fluctuar entre $1.602.820.94 y $6.411.283.75.

Finalmente sostuvo que no hubo vulneración del principio *non bis in idem*, por cuanto no se sancionó al accionante varias veces por un mismo hecho, sino por haber desconocido en múltiples ocasiones el tipo legal.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal desestimó los cargos propuestos en la demanda, con los siguientes argumentos:

En relación con el primer cargo consideró el *a-quo* que no es de recibo el argumento relativo a la inaplicabilidad del Oficio 028141, en atención a que el Banco sí conocía su contenido oficio, (sic) toda vez que al rendir las explicaciones solicitadas por la Superintendencia, adujo que el Banco consideró que la Administración del Fondo Común Ordinario se ceñía a los planteamientos contenidos en la Comunicación 028141, enviada por la Superbancaria, lo que acarrea sanción por cuanto éstas se equiparan a normas legales.

Igualmente consideró ajustada a derecho la actuación administrativa, en cuanto al monto de la multa, por cuanto si bien es cierto que la imposición de sanciones es una facultad reglada, la Superintendencia tiene un margen de discrecionalidad, en cuanto a establecer la cuantía de éstas.

Por último rechazó el cargo referente a que la Superbancaria sancionó cuatro veces a la entidad por un mismo hecho, con el argumento de que la conducta infractora fue cometida en cuatro meses y por tanto procedía sanción por cada mes.

APELACION

El apelante adujo en su recurso que el hecho de conocer las normas no es razón suficiente para estar obligado a cumplirlas, por cuanto en su sentir, para que una norma resulte de obligatorio cumplimiento y pueda ser tenida como fundamento de una

sanción, no basta que sea conocida por el sujeto, sino que se debe acreditar la notificación al sujeto a quien afecta.

Reiteró también que el Banco actuó en cumplimiento de la Resolución 1755, que a su juicio lo autorizaba para efectuar el desmonte de la garantía.

Refutó el argumento del Tribunal, conforme al cual las resoluciones son equiparables a las normas legales en materia de sanciones bancarias, por considerar que las expresiones "ley" y "norma legal" están definidas en el Código Civil y en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Insistió en el hecho que la Superbancaria sin que ninguna norma la autorizara resolvió fraccionar por meses la conducta presuntamente indebida atribuida al Banco "cuando el hecho invocado consistía en un acto único".

Adujo igualmente la falta de fundamentación en la graduación de la pena, por parte de la Superintendencia Bancaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término el objeto de la controversia se centra en establecer si la conducta del BANCO DE OCCIDENTE relativa a eliminar los depósitos de garantía para la Sección Fiduciaria durante los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 1988, se constituyó en una infracción en los términos de las Resoluciones 4979 de 1987 y 1755 de 1989 o si como lo sostiene el recurrente, la mencionada conducta no reviste tal calidad en cuanto que el Oficio 028141 de 1990 no resulta aplicable en el caso *subjúdice* en virtud a que su notificación no se efectuó correctamente y en consecuencia la actuación administrativa resultó violatoria de los preceptos contenidos en los artículos 20 y 26 de la C. N.

Observa la Sala que tal como lo ha sostenido la Superbancaria el fundamento de la actuación administrativa lo constituyó, la inobservancia de la Resolución 1755 de 1989 y no el Oficio 028141 de 1990, en cuanto que este último tuvo un carácter simplemente explicativo de la mencionada resolución en los términos del Decreto 938 de 1989, que fijó los requisitos que debían reunir los fondos comunes ordinarios de inversión.

La Resolución 1755 de 1989 modificó el No. 1 del artículo 1o. de la Resolución 5639 de 1987, que quedó así:

> "ARTICULO PRIMERO. Para los efectos del depósito en garantía de que trata el artículo 2o. de la Resolución 4979 de 1987 de la Superintendencia Bancaria, se excluirán de la base de cálculo las colocaciones o inversiones que se realicen

con sumas de dinero provenientes de la celebración de los siguientes negocios fiduciarios:

> 1. Los que tengan por objeto la participación de los clientes fiduciarios en fondos comunes ordinarios **organizados conforme al Decreto 938 de 1989**" (Destaca la Sala).

Sostiene el actor que la Resolución 1755 de 1989 eliminó el depósito en garantía de las secciones de fiducia de los establecimientos bancarios, sin exigencia previa alguna para ello.

Para la Sala de la norma anteriormente transcrita se deduce claramente que la Superintendencia Bancaria de manera excepcional exoneró de la obligación de constituir depósito en garantía pero con relación a los fondos comunes ordinarios, organizados de conformidad con el Decreto 938 de 1989 que en líneas generales establece que para crearlos es menester autorización previa de la Superbancaria, demostrar que el proyecto a desarrollar guarda estrecha relación con las actividades que integran su objeto social, destinar sus recursos a inversión en títulos de deuda emitidos, aceptados o avalados por la Nación, otras entidades de derecho público, Banco de la República, etc., o en cualquier otro título que autorice la Superintendencia Bancaria, entre otros.

Bajo estos mismos parámetros la Superintendencia expidió el Oficio 028141, con un fin eminentemente informativo e interpretativo de la Resolución 1755 de 1989 y reiteró las previsiones del Decreto 938 de 1989.

Así las cosas, para la Sala la actuación administrativa estuvo ajustada a derecho, toda vez que la sanción se impuso como consecuencia de la inobservancia de la Resolución 1755 de 1989 y no del oficio 028141 de 1989; en consecuencia, tampoco es de recibo el argumento según el cual el Banco fue sancionado por una conducta permitida, por cuanto como quedó ampliamente demostrado, para que la mencionada entidad pudiera eliminar los depósitos de garantía para las secciones de fiducia, debía acreditar el cumplimiento de los requisitos previamente determinados por la Resolución 1775 de 1989.

En relación con la planteada ilegalidad de la multa, por estar ésta sustentada en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, precepto que a juicio del apelante no contempla la posibilidad de sancionar por desacato a una resolución u oficio emanados de la Superintendencia Bancaria, por cuanto éstos son simples actos administrativos sin jerarquía legal, reitera la Sala lo dicho en otras oportunidades, en el sentido que el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, no puede ser interpretado con el alcance restringido que le concede el libelista, máxime cuando el Decreto 1939 de 1986 en su artículo 3o. literal n) la faculta para sancionar a las entidades vigiladas inclusive por la

inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia. Dice el citado artículo:

> "ARTICULO 3o. Los objetivos y funciones antes señalados los desarrollará la Superintendencia Bancaria mediante las siguientes acciones:
>
> (...)
>
> n) Imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisor fiscal o empleado de la misma, previas explicaciones, las medidas o sanciones que sean aplicables por infracción a las leyes, a los estatutos o a cualquier otra norma legal que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria".

Tampoco puede ser de recibo el argumento relativo a que la Superintendencia Bancaria sancionó cuatro veces una sola conducta por cuanto la Resolución 4979 de 1987, citada como fundamento de la actuación administrativa acusada, en su artículo 3o. establece la obligación de constituir mensualmente la garantía, atendiendo al porcentaje promedio de las colocaciones e inversiones diarias del mes anterior, de lo cual se deduce que la obligación se genera mes a mes y por lo tanto la inobservancia en cada uno de dichos meses constituye una infracción independiente, que debía ser sancionada.

Respecto de la gradualidad de la pena, observa la Sala que la facultad si bien es reglada para efectos de su imposición, es discrecional para efectos de la gradualidad, por cuanto es el Superintendente quien atendiendo a los criterios determinados en las normas legales, establece su cuantía.

De conformidad con los anteriores razonamientos la Sala confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida el 23 de septiembre de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 1147.

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.

SANCION POR LIBROS-Año base de liquidación.

Analizando el contexto literal del artículo 655 del EstatutoTributario en concordancia con las demás normas del Estatuto Tributario que regulan la sanción por libros, se tiene que la base para el cálculo de la sanción por libros debe referirse al período anterior al gravable respecto del cual se establecieron las irregularidades, pues es éste el período de su imposición. Y es a este año al que por demás se refiere el Estatuto Tributario como punto de partida para aplicar la ley, como claramente se deduce del artículo 638 *ibídem*. Entender por "año de su imposición"el correspondiente al de la fecha en la cual se produce el acto administrativo sancionatorio, es auspiciar no sólo el desconocimiento de la igualdad de los contribuyentes ante la ley, dada la circunstancia de que la sanción por libros puede imponerse por resolución independientemente o con ocasión del acto administrativo de liquidación oficial de revisión, como claramente lo enseñan no sólo el artículo 655 inciso 2o. antes transcrito, sino el artículo 637 del Estatuto Tributario. Dada la interrupción del plazo que para practicar la liquidación de revisión prevé la ley, en consideración a los requerimientos, su ampliación e inspecciones tributarias, el término puede extenderse por más de 3 años, en consecuencia la base para liquidar la sanción sería distinta si ésta se impone con ocasión de la liquidación o en resolución aparte, si el año a tener en cuenta fuera el inmediatamente anterior a aquel en el cual se produce el acto administrativo sancionatorio.

LIBROS DE CONTABILIDAD-Exhibición/ **TERMINO PARA EXHIBICION DE LIBROS**-Cómputo.

El art. 2o. del Decreto 1354 de 1987 es claro en cuanto al término para exhibir los libros al señalar que "el plazo de que trata este artículo será

de 8 días hábiles contados a partir de la fecha de introducción al correo de la respectiva solicitud" y no desde el "día siguiente", pues son distintas las expresiones y sus efectos en uno y otro caso para efectos del cómputo". No es posible en esta oportunidad acceder a la pretensión de aplicación preferente del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil (art. 1o. numeral 64 Decreto 2282 de 1989) en razón de que su aplicación está dada primoridalmente para la notificación de providencias que conceden términos dentro de los procedimientos judiciales, la que se hace extensiva en otros casos por la expresa remisión que a él efectúan otras normas, o ante la ausencia de norma aplicable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5455. Actor: Mycom de Colombia Ltda. NIT 860.403.777. Apelación de la sentencia del 3 de febrero de 1994. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuestos, Sanción Libros 1990. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 3 de febrero de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad MYCOM DE COLOMBIA LTDA. NIT 860403777-1, contra los actos administrativos que le impusieron sanción por libros de contabilidad, por el período gravable de 1990.

ANTECEDENTES

Previa inspección a la contabilidad de la contribuyente, ordenada por Auto 00183 del 28 de noviembre de 1991 la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, División de Auditoría mediante Resolución No. 000129 del 8 de marzo de 1992, invocando el uso de las facultades otorgadas por el artículo 655 del Estatuto Tributario le impuso sanción por libros de contabilidad en cuantía de $4.887.790.

Contra dicha resolución, la sancionada interpuso el 6 de mayo de 1992 recurso de reconsideración invocando su nulidad por haberse elaborado el acto de libros de contabilidad antes de que se cumpliera el término legal de 8 días que conforme al artículo 2o. del Decreto 1354 de 1987 tenía la sociedad para exhibir los libros de contabilidad; no haber observado lo dispuesto en el artículo 655 para determinar la base de la sanción ya que, como las declaraciones de 1989 y 1990 las tuvo como no presentadas la propia Administración, debió aplicar el procedimiento señalado en la

instrucción 008 del 22 de febrero de 1988, y al no hacerlo así, incurrió en violación del debido proceso.

El recurso de reconsideración fue fallado por la Administración mediante la Resolución 000661 del 20 de noviembre de 1992 que no accedió a declarar la nulidad pedida y confirmó en su totalidad la Resolución 000129 del 8 de marzo de 1992.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió la contribuyente en demanda de su nulidad y restablecimiento del derecho, acusando al acto administrativo de violar los artículos 29 de la Constitución Nacional; 655 del Estatuto Tributario; 61 del Código de Régimen Político y Municipal y 2o. del Decreto 1354 de 1987.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 3 de febrero de 1994, denegó las súplicas de la demanda al considerar que no hubo violación por parte de la Administración del artículo 655 del Estatuto Tributario, pues de la norma se infiere, que el año anterior al de imposición de la sanción era en el *sub-lite* el de 1990, pues a su juicio la ley se refiere al año anterior a aquél respecto del cual se establecieron las irregularidades contables y no al de la expedición del acto administrativo.

No se incurrió en violación del artículo 29 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal y 2o. del Decreto 1354 de 1987 porque si el ejemplar del auto fue introducido al correo el 28 de noviembre de 1991 y el acta se practicó el 10 de diciembre de 1991 no hubo violación del término, toda vez que éste se cuenta a partir de la notificación del auto comisorio según lo ordenado por el artículo 2o. del Decreto 1354 de 1987, norma especial de preferente aplicación.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la decisión de primera instancia al considerar, que el *a-quo* para despachar desfavorablemente el cargo de nulidad contra el artículo 655 del Estatuto Tributario se basó en un argumento que la Administración de Impuestos no esgrimió en su defensa.

Alega que el artículo 655 del Estatuto Tributario es claro al señalar la forma de cuantificar la sanción y, que como la Resolución que impuso la sanción se expidió el 6 de marzo de 1992, los valores que han debido tomarse para efectos de cuantificar la base eran los de 1991, por ser el año "anterior al de su imposición", hecho que la Administración acepta, pero al no poder cuantificarla por no haber presentado aún la sociedad la declaración tributaria correspondiente a dicho año gravable tomó los

ingresos de 1990, sin poder hacerlo porque no está al arbitrio de los funcionarios establecer las bases para determinar la sanción, porque en esta materia, por mandato constitucional, deben estar claramente definidos por la ley los hechos que dan origen a la misma como la pena para quien incurre en ella.

Insiste en que era deber de la Administración desplegar su actividad investigativa para determinar el monto de los ingresos del año de 1991, bien con los valores denunciados al presentar las declaraciones de IVA por este año, bien por otros mecanismos, antes de tomar como base de la sanción los correspondientes al año de 1990. Cita en apoyo la sentencia del Consejo de Estado del 29 de noviembre de 1991, Expediente 3726.

Reitera que hubo violación del plazo que otorga la ley al contribuyente para exhibir los libros de contabilidad, discrepando de los argumentos que sobre tal aspecto expone la sentencia de primera instancia, porque según lo señalado en el Código de Procedimiento Civil artículo 120 modificado por el artículo 64 del Decreto 2282 de 1989:

> "Todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concede... ".

Cita en apoyo el auto del 19 de abril de 1991, sobre cómputo de términos en materia de caducidad.

Pide se revoque la sentencia apelada y en su lugar se decrete la nulidad del acto acusado.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Del actor

Al alegar de conclusión reitera los argumentos expuestos en la demanda y en la apelación sobre la violación del debido proceso, artículo 29 de la Constitución Nacional; la indebida cuantificación de la sanción, con violación del artículo 655 del Estatuto Tributario y el desconocimiento del término concedido por el artículo 2o. del Decreto 1354 de 1987 para exhibir los libros de contabilidad, el que a su juicio corrió desde el 29 de noviembre al 10 de diciembre de 1991 (incluido), sin embargo, en el pliego de cargos y en los restantes actos que integran la operación administrativa quedó consignado que el 10 de diciembre de 1991 la sociedad no presentó libros de contabilidad y por ese motivo fue sancionada. Desconociendo así la Administración que ese día 10, hacía parte de los 8 días hábiles con que contaba la sociedad para exhibir sus libros, ya que de conformidad con el artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal el término para la sociedad venció el 10 de diciembre a la media noche y no antes y sólo vencido este plazo podía imponerse la sanción.

De la demandada

Se opone a los argumentos de la actora acusándola en primer lugar de desconocer el elemento básico y fundamental del proceso que aquí se discute, cual es la fecha en que se practicó la inspección de libros de contabilidad, que coincide con la fecha 10 de diciembre de 1991 en la cual se detectó el hecho irregular y se levantó el acta de libros. Entonces era forzoso concluir que cuando el artículo 655 se refiere al año anterior el de su imposición alude, en este caso al de 1990, año en el cual se refirió en el pliego de cargos para efectos de la cuantificación de la sanción.

De aceptar la tesis del apelante, la Administración se vería avocada a reformular el pliego de cargos para adecuarlo a unas bases distintas a las originales, consecuencia ajena al querer del legislador. Cita en apoyo las sentencias del 13 de diciembre de 1991, expediente 3649 y del 22 de octubre de 1993, expediente 5002, Consejera Ponente doctora Consuelo Sarria Olcos, para reclamar en este aspecto la legalidad del acto acusado.

Con relación al término de exhibición de los libros de contabilidad reitera los argumentos sobre tal tema en la contestación de la demanda sobre la claridad del artículo 2o. del Decreto 1354 de 1987, sobre la forma del cómputo de los 8 días hábiles. Pide se confirme la sentencia apelada.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación luego de hacer un resumen de los hechos de la demanda y la actuación gubernativa, pide se confirme la sentencia.

Al efecto expone que la sanción debió calcularse con base en el patrimonio líquido e ingresos del año de 1991, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 655 del Estatuto Tributario, puesto que si la sanción se hace exclusivamente a través de una resolución, que es con la que en definitiva se toma la decisión de sancionar, ya que las actuaciones anteriores, como la inspección de libros, sencillamente son medios de constatación de la irregularidad, que bien pueden o no dar origen a la imposición de la sanción atendiendo a las explicaciones del implicado.

Aun cuando conoce el punto de vista de la Sala al respecto, replantea la cuestión pues en su sentir el artículo 655 en este aspecto es enfático.

No obstante estima que el hecho de haber calculado la sanción, la administración, tomando como base guarismos incorrectos, no implica que se haya configurado la nulidad del acto administrativo que la impuso, como parece entenderlo el apelante, puesto que la decisión de sancionar la anomalía detectada, permanece incólume;

simplemente daría lugar a una modificación en la cuantía de la misma, que como bien lo anotó la Administración en su momento, sería desfavorable a la sociedad.

Así las cosas para el Ministerio Público, si bien es cierto que la sanción debió ser calculada con base en el patrimonio líquido y los ingresos netos del año de 1991, no es menos cierto que su modificación, en este caso haría más gravosa la situación del apelante, lo que la lleva a pedir la confirmación del fallo impugnado.

Estima que no prospera el cargo de la nulidad del acto administrativo por desconocer el término de 8 días otorgado por la ley al contribuyente para exhibir los libros, porque el artículo 2o. inciso 2o. del Decreto 1354 de 1987 es norma especial de absoluta claridad, y conforme a ella, el día de introducción al correo de la solicitud de exhibición está incluído dentro del término conque cuenta el contribuyente para presentar sus libros.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el *sub-lite*, la controversia se concreta a dos puntos:

1.- **La base para liquidar la sanción por libros.**

Dispone a este efecto el artículo 655 del Estatuto Tributario:

> "Sanción por irregularidades en la contabilidad. Sin perjuicio del rechazo de los costos, deducciones, impuestos descontables, exenciones, descuentos tributarios y demás conceptos que carezcan de soporte en la contabilidad, o que no sean plenamente probados de conformidad con las normas vigentes, **la sanción por libros de contabilidad será del medio por ciento (0.5%) del mayor valor entre el patrimonio líquido y los ingresos netos del año anterior al de su imposición** sin exceder de veinte millones de pesos ($20.000.000, valor año base 1987).
>
> "Cuando la sanción a que se refiere el presente artículo, se imponga mediante resolución independiente, previamente se hará traslado del acta de visita a la persona o entidad a sancionar, quien tendrá un término de un (1) mes para responder.
>
> Parágrafo: no se podrá imponer más de una sanción pecuniaria por libros de contabilidad en un mismo año calendario, ni más de una sanción respecto de un mismo año gravable" (Destaca la Sala).

Analizando con sentido lógico el contexto literal de la norma en concordancia con las demás normas del Estatuto Tributario que regulan la sanción, la Sala ha sostenido

que la base para el cálculo de la sanción por libros debe referirse al período anterior al gravable respecto del cual se establecieron las irregularidades, pues es éste el período de su imposición. Y es a este año al que por demás se refiere el Estatuto Tributario como punto de partida para aplicar la ley, como claramente se deduce del artículo 638 *ibídem* que dispone:

> "Prescripción de la facultad para imponer sanciones
>
> "... Cuando las sanciones se impongan en resoluición independiente, deberá formularse el pliego de cargos correspondiente, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se presentó la declaración de renta y complementarios o de ingresos y patrimonio, **del período dentro del cual ocurrió la irregularidad sancionable o cesó la irregularidad,** para el caso de las infracciones continuadas..." (Destaca la Sala).

Entender por "año de su imposición" el correspondiente al de la fecha en la cual se produce el acto administrativo sancionatorio, es auspiciar no sólo el desconocimiento de la igualdad de los contribuyentes ante la ley, dada la circunstancia de que la sanción por libros puede imponerse por resolución independientemente, o con ocasión del acto administrativo de liquidación oficial de revisión, como claramente lo enseñan no sólo el artículo 655 inciso 2o. antes transcrito, sino el artículo 637 del Estatuto Tributario.

En este último evento, dada la interrupción del plazo que para practicar la liquidación de revisión pervé la ley, en consideración a los requerimientos, su ampliación e inspecciones tributarias, el término puede extenderse por más de 3 años, en consecuencia la base para liquidar la sanción sería distinta si esta se impone con ocasión de la liquidación o en resolución aparte, si el año a tener en cuenta fuera el inmediatamente anterior a aquel en el cual se produce el acto administrativo sancionatorio.

Así mismo quedaría al arbitrio o discrecionalidad del funcionario administrativo escoger la base para el cálculo de la sanción, pues le bastaría dentro del término, retrasar o adelantar la expedición del acto para obtener una consecuencia favorable o desfavorable al contribuyente.

Actitud que no sólo contraría el principio de que la actividad de la Administración en el campo tributario carece de discrecionalidad por ser totalmente reglada, sino que vulnera la propia norma constitucional en sus artículos 150 numerales 10 y 12, y 338 al permitir la fijación de la base por la Administración, pues es esta labor actividad eminentemente legislativa.

Reitera la Sala entonces la interpretación dada en anterior jurisprudencia al artículo 655 del Estatuto Tributario, en el sentido de que "el año anterior al de imposición de la sanción", es aquel que precede inmediatamente al período gravable respecto del

cual se establecieron las irregularidades contables". Se confirma así la decisión de primera instancia.

En consecuencia la decisión del *a-quo* deberá confirmarse en este punto.

2.- **Violación del término otorgado por el artículo 2o. del Decreto 1354 de 1987 al contribuyente**

En este aspecto también la Sala confirma la decisión del *a-quo* en cuanto no dio prosperidad al cargo de violación, por parte del acto administrativo, de los artículos 29 de la Constitución Nacional, 61 del Código de Régimen Político y Municipal y 2o. del Decreto 1354 de 1987, atendiendo la claridad con la que esta última norma en su inciso 2o. se refiere a él al señalar que "el plazo de que trata este artículo será de **8 días hábiles contados a partir de la fecha de introducción al correo de la respectiva solicitud"**, y no desde el "día siguiente"como lo entiende la actora, pues son distintas las expresiones y sus efectos en uno u otro caso para efectos del cómputo."

No es posible en esta oportunidad acceder a la pretensión de aplicación preferente del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil (artículo 1o. numeral 64 Decreto 2282 de 1989), en razón de que su aplicación está dada primordialmente para la notificación de providencias que conceden términos dentro de los procedimientos judiciales, la que se hace extensiva en otros casos, por la expresa remisión que a él efectúan otras normas, o ante la ausencia de norma aplicable. Pero no puede esgrimirse su contenido para enervar lo dispuesto sobre el mismo tema por una disposición especial como lo es el artículo 2o. inciso 2o. del Decreto 1354 de 1987.

No prospera en consecuencia el cargo que contra la sentencia de primer grado aduce la actora en el sentido de no haber interpretado acertadamente el Tribunal el artículo 2o. del Decreto 1354 de 1987. Tampoco acepta la Sala para dar prosperidad a la solicitud de revocación de la sentencia el cargo de haber variado el *a-quo,* la argumentación dada por la Administración, porque tratándose de decisiones jurídicas el juez no tiene limitación en el análisis de los principios y normas aplicables al caso, pudiendo entonces abundar en razones al dictar su sentencia.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de febrero de 1994 en el juicio 9432.

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.

NOTIFICACION POSTAL/LIQUIDACION DE AFORO/SUCURSAL/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Ubalá

Es evidente que la actora podía ser notificada en la sucursal de Bogotá de acuerdo con lo previsto en el artículo 263 del Código de Comercio y tal como se observa en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que el Gerente podía notificarse de las liquidaciones de aforo demandadas, e interponer los recursos pertinentes para el debido agotamiento de la vía gubernativa. Comó no ha sido desvirtuado por la actora, que las liquidaciones de aforo fueron enviadas correctamente por el Municipio de Ubalá por correo certificado a la sucursal de la actora, entonces se entiende que el Municipio cumplió en forma legal con la notificación, luego la Administración no dio oportunidad al contribuyente para hacer uso de los recursos de reposición y apelación indicados en las resoluciones de aforo demandadas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 5152. Actor: Con-Concreto Ingenieros Civiles S.A. o Conconcreto S.A. Impuestos Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de 27 de agosto de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se abstuvo de proferir fallo de fondo por indebido agotamiento de la vía gubernativa, en demanda iniciada por la sociedad

CON-CONCRETO INGENIEROS CIVILES S.A. O CONCONCRETO S.A., contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos por los años gravables de 1987, 1988 y 1989.

ANTECEDENTES

La Tesorería Municipal de Ubalá, requirió a la sociedad con el fin de que presentara su declaración de industria y comercio en ese Municipio, por el año gravable de 1988, respondiendo la Compañía que no estaba obligada a ello.

El día 11 de marzo de 1991, la Tesorería Municipal de Ubalá profirió la resolución No. 03, por medio de la cual practicó liquidación de aforo a la contribuyente por concepto de impuesto de industria, comercio y avisos por el año de 1987. Así mismo, el 12 de marzo de ese mismo año, profirió las resoluciones Nos. 09 y 015, en las cuales le determinó un impuesto de industria y comercio, por los años de 1988 y 1989, respectivamente.

Los actos administrativos antes relacionados fueron enviados por correo certificado, por la Tesorería del Municipio de Ubalá, a la "Carrera 6 No. 115-65, Of. 308. Centro Comercial Hda. Sta. Bárbara - 2a. etapa - Bogotá D.E.", Sede de la Sucursal de la Compañía actora.

LA DEMANDA:

El actor inconforme con el proceder de la Administración, en ejercicio dela acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el propósito de obtener la nulidad de los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos, mediante resoluciones Nos. 03 de marzo 11 de 1991, 09 y 015 de 12 de marzo del mismo año, por los años gravables de 1987, 1988 y 1989.

Indicó como normas violadas los artículos 3o. inciso 1o., 8o., 47 y 50 del Decreto 01 de 1984; artículo 110 numeral 3o. del Código de Comercio; artículo 83 del Código Civil; 26 y 197 numeral 2o. dela Constitución Nacional de 1886; los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983, y 1o. literal a) de la Ley 84 de 1915.

MINISTERIO PUBLICO. Primera Instancia. El señor procurador sexto delegado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitó fallo inhibitorio por encontrar que no hubo debido agotamiento de la vía gubernativa, por parte de la actora.

SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 27 de agosto de 1993, se declaró inhibido para pronunciamiento de fondo por considerar que no

hubo debido agotamiento de la vía gubernativa, por parte de la actora, al considerar que "en verdad, contra las Resolucionse Nos. 03 de 11 de marzo de 1991, 09 del 12 de marzo de 1991 y, 15 de fecha 12 de marzo de 1991, proferidas por el Tesorero Municipal del Municipio de Ubalá, no se interpusieron los recursos corresondientes, supuesto que lleva a la Corporación a la ineludible conclusión de no haberse agotado la vía gubernativa, requisito indispensable dentro del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, para acudir ante esta jurisdicción y en tal virtud el fallo a proferirse será inhibitorio, tal como bien lo solicita el señor agente del Ministerio Público..." Y agrega: "Por lo demás el artículo 135 del C.C.A., debe interpretarse en el sentido de que el control administrativo es de carácter obligatorio y debe ser real y efectivo y como aparece en el *sub-lite,* ni siquiera se intentó el agotamiento del trámite gubernativo, para que fuera la misma administración la que revisara sus propios actos con fundamento en lo alegado y probado ante ella y su posterior control jurisdiccional".

LA APELACION:

El apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 27 de agosto de 1993, manifestando que discrepa "de los razonamientos expuestos por el Tribunal en el fallo inhibitorio recurrido, por cuanto el artículo 135 del Decreto Ley 01 de 1984, contempla la posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando "las autoridades administrativas no hubieren dado oportunidad de interponer los recursos procedente (sic)...". Así mismo aduce que: "Cuando las resoluciones acusadas se recibieron en la ciudad de Santafé de Bogotá, el término para interponer los recursos ya había vencido, luego se dio el supuesto contemplado en el inciso final del artículo 135 transcrito, para que el contribuyente acudiera en forma directa ante la jurisdicción contencioso administrativo a demandar los actos administrativos. Si el contribuyente hubiera interpuesto los recursos de reposición y apelación, estos hubieran sido rechazados por extemporáneos, por cuanto el término para interponerlos vencía a los cinco (5) días hábilse de haber sido introducidas las resoluciones al correo: las resoluciones fueron introducidas al correo el trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991) y recibidas el cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), en la Sucursal de la Sociedad, luego para ese entonces ya había transcurrido el plazo de cinco (5) días y los recursos interpuestos extemporáneamente no habrían agotado "en debida forma la vía gubernativa...", no quedando otro camino que acudir directamente a los tribunales para demandar las resoluciones".

Agregó también que el agotamiento de la vía gubernativa se vio obstaculizada no sólo por la recepción extemporánea de las Resoluciones, sino también porque existió una notificación indebida, puesto que la sociedad actora tiene su domicilio principal en la ciudad de Medellín y los actos administrativos fueron remitidos a Santafé de Bogotá, donde existe una sucursal.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La parte demandante:

Reitera los argumentos expuestos en su escrito de apelación.

El Ministerio Público:

La Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, solicita en su escrito de alegato de conclusión que se confirme la sentencia del *a-quo,* por indebido agotamiento de la vía gubernativa para lo cual expuso que las notificaciones "de las actuaciones administrativas en debida forma, es requisito indispensable para que los contribuyentes puedan hacer uso de los recursos oportunamente" y concluye diciendo que "Constatada la forma como fue efectuada la notificación por la Administración, se observa que esta se ajustó a la ley y orden jurídico establecidos, sin vulnerar de ningún modo los derechos de la impugnante y sin que se le pueda achacar error en el envío de la correspondencia por correo, contentiva de los actos de que trata, por el hecho de su recibo días después, o por no haberse enviado a la dirección de la sucursal en Bogotá, puesto que bien podía la sociedad actora interponer los recursos, una vez notificada de los actos administrativos demandados, en la fecha en que efectivamente los recibió..."

En cuanto a la notificación efectuada a la sucursal, el agente del Ministerio Público consideró que la notificación se podía hacer a esta en aplicación del artículo 263 del Código de Comercio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Comparte la Sala el criterio expuesto tanto por el Tribunal como el concepto emitido por los agentes del Ministerio Público, ante el Tribunal y ante esta Corporación, pues es evidente, en primer lugar, que la Sociedad actora "CONCONCRETO INGENIEROS CIVILES S.A. CONCONCRETO S.A.", podía ser notificada en la sucursal de Bogotá, de acuerdo con lo previsto en el artículo 263 del Código de Comercio, que expresa:

> "ARTICULO 263: Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios socialse o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para **representar a la sociedad.** "Cuando en los estatutos no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. **A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal."** (La subraya es de la Sala).

En el *sub-lite* se observa, en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que el Gerente de la sucursal podía "CONSTITUIR PARA LOS PROPOSITOS CONCRETOS, LOS APODERADOS ESPECIALES QUE JUZGUE NECESARIOS PARA **REPRESENTAR A LA SOCIEDAD JUDICIAL Y EXTRAJUDICIALMENTE, PREVIA AUTORIZACION DE LA JUNTA DIRECTIVA...",** facultad esta que le permitía notificarse de las liquidaciones de aforo demandadas, e interponer los recursos pertinentes para el debido agotamiento de la vía gubernativa.

En segundo lugar, en cuanto a la interpretación del artículo135 del C.C.A., la Sala estima que tanto la efectuada por el *a-quo,* como las anotacionse de la procuradora sexta delegada ante esta Corporación, son acertadas para estimar el pronunciamiento inhibitorio, ya que bien pudo la actora cuestionar, precisamente, la diligencia de notificación ante la Administración, para con posterioridad acudir ante el Contencioso, y discutir este punto. Observa la Sala del acervo probatorio, y que no ha sido desvirtuado por la actora, que las liquidaciones de aforo fueron enviadas correctamente por el Municipio de Ubalá, por correo certificado, en cumplimiento del artículo 57, parágrafo 2o. del Acuerdo Municipal No. 009 de 14 de marzo de 1987, a la sucursal de la sociedad actora, y en ellas se indica de manera clara y precisa los recursos procedentes.

El citado artículo 57, expresa:

"Artículo 57.....".

"Las liquidaciones oficiales o **de aforo se notificarán por correo certificado** o por edicto, **si el correo devolviere el envío".**

Habiendo cumplido el Municipio la notificación en forma legal, no puede entenderse, como lo afirma el apelante, que la Administración no dio oportunidad al contribuyente para hacer uso de los recursos de reposición y apelación indicados en las resoluciones de aforo demandadas.

No entiende la Sala la aseveración hecha por la actora en su escrito demandatorio, cuando afirma que las notificacionse se enviaron a dirección errada, pues la administración envió las notificaciones de las liquidacionse de aforo a la dirección de la sucursal de la sociedad en Bogotá - "Carrera 6 No. 115-65, Of. 308, Centro Comercial Hda. Sta. Bárbara - 2a. etapa - Bogotá D.E.", sin que se haya demostrado ni controvertido que esta no era la dirección de dicha sucursal. Por el contrario, en el punto 8 de la demanda, se afirma: "Las tres resoluciones citadas fueron enviadas por correo certificado a la carrera 6a. No. 115-65 Of. 308 Centro Comercial Santa Bárbara, 2a. Etapa de Bogotá, dirección que no corresponde al domicilio de la sociedad que como ya indicamos es la ciudad de Itagüí, departamento de Antioquia".

Por tanto, es evidente que no se trata de falta de notificación o de una notificación defectuosa de los actos administrativos, pues como ya se indicó, la administración

Municipal dio cumplimiento a los requisitos legales, esto es, a lo dispuesto en el artículo 57 del acuerdo Municipal 009 de 1987.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia, por autoridad de la Ley,

FALLA

1.- Confírmase la Sentencia apelada, de 27 de agosto de 1993, proferida por el 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.

DESCUENTO TRIBUTARIO-Improcedencia/**EMPRESA COLOMBIANA DE TRANSPORTE AEREO/SANCION POR INEXACTITUD**-Procedencia

La Sala considera que la sociedad demandante no tiene derecho al descuento tributario consagrado en el Decreto 2053 de 1974 y en la Ley 2a. de 1981 porque este beneficio fiscal a favor de las empresas colombianas de transporte aéreo fue derogado expresamente por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, hecho que de por sí no implica desconocimiento de derechos adquiridos ni de situaciones jurídicas individuales concretas. En relación con el levantamiento de la sanción por inexactitud, la Sala comparte la opinión del señor Delegado de la Procuraduría en el sentido de que en el *sub-exámine* no existen diferencias de criterio, sino la inclusión de un descuento tributario inexistente en virtud de la derogatoria expresa que de tal beneficio hizo la Ley 75 de 1986, pues tal como lo puntualiza en su alegato de conclusión "la derogatoria de los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1o. de la Ley 2a. de 1981 y la circunstancia de que estas normas no desconocen ningún "derecho adquirido" o "consolidado" de la sociedad son hechos incuestionables que no admiten ninguna discusión; pretender que se desconozca una norma legal que como el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, tiene plena vigencia y no es contraria en la Constitución, no es precisamente una "diferencia de criterio".

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

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 5405. Actor: Aeroexpreso Bogotá, S.A. Apelación sentencia de diciembre 16 de 1993. Proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Impuesto de renta año gravable de 1988). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandada como por la sociedad actora, contra la sentencia de 16 de diciembre de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las peticiones formuladas por AEROEXPRESO BOGOTA S.A. Nit. 860.052.828, contra los actos de determinación del impuesto de renta del año gravable 1988.

ANTECEDENTES

La contribuyente presentó el 4 de julio de 1989 en el Banco Sudameris Colombia, Sucursal Chapinero, la declaración tributaria del año gravable de 1989 y solicitó como descuento tributario la suma de $42.610.000 (fls. 48/49).

Con motivo de solicitud de devolución de impuestos de los años gravables 1986 a 1989 incluisive, por la suma de $57.225.000 (Resolución 2685 de noviembre 16 de 1990), la Administración Tributaria practicó visita a la contribuyente y concluyó en la respectiva acta de fecha 10 de diciembre de 1990 que el descuento Tributario por el año gravable 1988 ($42.610.000) era improcedente, lo mismo que los descuentos que aparecen en las declaraciones de renta de 1986, 1987 y 1989.

Con base en el resultado del acta de inspección tributaria, se expidió el requerimiento especial 0017 de febrero 18 de 1991, el cual fue contestado por la contribuyente aduciendo derechos adquiridos con justo título en leyes anteriores (fls. 46/47).

Sin embargo, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá practicó liquidación de revisión 00170 de noviembre 18 de 1991 modificando el renglón 35 de la declaración de renta (descuentos tributarios), es decir, desconoció los mencionados descuentos solicitados e impuso sanción por inexactitud ($65.917.000) folios 50/59.

Recurrida la liquidación oficial, la Administración Tributaria por medio de la Resolución 00546 de septiembre 29 de 1992 la confirmó en todas sus partes, quedando agotada la vía gubernativa.

En la demanda ante el Tribunal, la actora precisa que el descuento tributario concedido a las empresas de servicio de transporte aéreo (artículo 99 Decreto 2053 de 1974), es un derecho inmodificable que tienen para gozar hasta el año de 1989 en virtud de lo dispuesto por el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981, pues les fue conferido por un lapso inmodificable, *pro-tempore,* el cual no les podía ser revocado por norma legal alguna. Fundamenta su pretensión en el artículo 30 de la anterior Constitución Nacional, toda vez que gozaba de un derecho adquirido por una ley preexistente. Precisa además que la derogatoria que hizo la ley 75 de 1986 fue hacia el futuro y por ende es claro que las nuevas empresas de transporte aéreo (salvo las internacionales) no pueden alegar en su beneficio el citado descuento tributario.

Respecto a la sanción por inexactitud, precisa que es a todas luces injustificada e ilegal por cuanto Aeroexpreso Bogotá S.A. tiene evidente derecho a que se acepte el descuento tributario como empresa colombiana de transporte aéreo.

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal mediante sentencia de mérito no accedió a reconocer el descuento solicitado argumentando que, si bien existía este beneficio para las empresas de transporte aéreo, este descuento fue derogado expresamente por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 lo cual significa que, a partir de su vigencia, es decir, del día 24 de diciembre de 1986, fecha en que se publicó en el Diario Oficial No. 37.742, dicho descuento dejó de tener existencia legal, desde el momento aludido.

Relieva que no puede hablarse de derechos adquiridos en un descuento que no estaba vigente para el año gravable de 1988, cuando además, había dejado de ser una expectativa.

Al respecto el fallo del Tribunal transcribe apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de diciembre de 1987, Magistrado Ponente: Doctor Hernando Gómez Otálora, expediente No. 1715, actor: Guillermo Gómez Téllez, puntualizando que acoge en su integridad la doctrina expresada por la Corte Suprema de Justicia, pues concluye que en el caso que se debate, no se había concretado ningún derecho patrimonial, por lo cual la demandante no tiene derecho al descuento discutido.

En relación con la sanción por inexactitud, expresa que se accede a levantarla porque el menor valor a pagar, se debió a diferencias de criterio entre las oficinas fiscales y la contribuyente que creyó que existía el descuento, por el cual no se configura inexactitud al tenor del inciso final del artículo 647 del Estatuto Tributario. En consecuencia, practicó una nueva liquidación eliminando la sanción por inexactitud impuesta (fls. 129/141).

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales, apela la sentencia argumentando que si en esta se precisa que en el *sub-exámine* no se ha concretado ningún derecho patrimonial porque la norma que estableció el descuento tributario para las empresas colombianas de transporte aéreo había sido derogado, es evidente que la sociedad contribuyente no podía beneficiarse de un descuento inexistente.

En resumen, que para la época en que la sociedad actora solicitó el descuento, no sólo se habían derogado las normas que le deban derecho a obtenerlo, derogatoria que de por sí le impedía acceder a él para el año gravable 1988, sino que también existía pronunciamiento jurisprudencial suficientemente claro, que no permitía duda alguna acerca de la imposibilidad de solicitar el descuento.

Señala que en este caso se configura inexactitud sancionable al tenor del artículo 647 del Estatuto Tributario y hay lugar a mantenerla en la medida en que no puede hablarse de error de apreciación o diferencia de criterio entre las oficinas de impuestos y el declarante al pretender la actora la aplicación de normas cuya vigencia se derogó expresamente por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986.

Por lo tanto, el apelante solicita se revoque el fallo del Tribunal en cuanto al levantamiento de la sanción por inexactitud (fls. 145/148).

Por su parte el apoderado de la sociedad actora, quien también apela la sentencia, insiste en que se le reconozca el descuento tributario, contenido en la Ley 2a. de 1981, pues considera que la derogatoria del artículo 1o. de esta ley y el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, debe entenderse sin perjuicio de los derechos adquiridos por las empresas colombianas de transporte aéreo.

Relieva que el problema se reduce, por lo tanto, a un estudio de la vigencia de la ley en el tiempo, pues la Ley 75 de 1986 no podía desconocer ni vulnerar las situaciones jurídicas concretas que se habían creado durante la vigencia del Decreto 2053 de 1974 y la Ley 2a. de 1981 porque ello significaría darle efectos retroactivos, lo cual resulta inaceptable, pues constitucionalmente está prohibido (artículo 363, inciso 2o. Constitución Nacional).

Respecto a la afirmación de la sentencia del *a-quo* en el sentido de que al no tener existencia legal el descuento tributario derogado "no puede hablarse de derechos adquiridos porque no estaba vigente para el año gravable de 1988, el apelante se aparta de tal criterio argumentando que "si bien es cierto que la norma consagraba el derecho al descuento tributario derogado, tal derogación no significa que deje de ser aplicable a las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de la norma, por cuanto el beneficio tributario concedido era *pro-tempore,* razón por la cual sí existe un derecho adquirido en favor de Aeroexpreso Bogotá S.A. a gozar del descuento tributario durante el tiempo inicialmente concedido" (fl. 165).

En relación con la revocatoria de la sanción por inexactitud, solicita se confirme la sentencia en ese punto por cuanto es evidente que en este caso existe una diferencia de criterio entre el particular y la Administración de Impuestos, ya que el problema se circunscribe a la aplicación de una norma jurídica (fls. 164/168).

ALEGATOS DE CONCLUSION

En primer lugar descorre el traslado para alegar el apoderado de la sociedad actora quien puntualiza que la administración no tuvo en cuenta que la derogatoria que hizo la Ley 75 de 1986 fue sin perjuicio de los derechos adquiridos de AEROEXPRESO BOGOTA S.A.; pues al desconocer el descuento tributario solicitado por el año

gravable de 1988 desconoció y vulneró las situaciones jurídicas concretas que se habían creado durante la vigencia del Decreto 2053 de 1974 y la Ley 2a. de 1981 porque ello significaría darle efectos reiterativos.

Acerca de la sanción por inexactitud señala que es claro que entre la Administración y la actora, simplemente existe un problema de criterio e interpretación legal, motivo por el cual debía aplicarse el último inciso del artículo 647 del Estatuto Tributario en cuanto preceptúa que no se configura inexactitud cuando el menor valor a pagar se derive de errores de apreciación o diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y el declarante (fls. 172/175).

En segundo lugar la apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales, básicamente se refiere al levantamiento de la sanción precisando que fácilmente se evidencia un análisis contradictorio en la sentencia, no sólo frente a la afirmación categórica inicial de considerar la no prosperidad de los cargos expuestos por el demandante, sino lo que es más significativo, frente a la apreciación de las normas derogadas expresamente con dos (2) años de anticipación.

En consecuencia, observa que mal puede afirmar el Tribunal que la contribuyente creyó que existía el descuento discutido.

También avoca el tema de los derechos adquiridos precisando que un derecho adquirido tiene existencia en virtud de su fijación por parte de la ley vigente al momento de cumplirse los hechos y condiciones en ella previstos.

Por tanto, teniendo en cuenta la periodicidad del impuesto sobre la renta y la independencia de las vigencias fiscales, los descuentos tributarios sólo podrían, eventualmente, tenerse como derechos adquiridos si tuvieran origen en una disposición legal vigente al finalizar el respectivo período gravable, siempre y cuando en esa fecha se diera cumplimiento a la totalidad de las condiciones de la ley para su procedencia. Tratándose del impuesto sobre la renta, no puede predicarse la existencia de derechos adquiridos sobre vigencias fiscales futuras.

En resumen, que derogada la norma invocada por la Ley 75 de 1986, no podía seguir operando hacia el futuro la exención, sin que desconozca situaciones jurídicas consolidadas bajo el amparo de la norma, porque para cada ejercicio impositivo, y según lo previsto en el artículo 99 del Decreto 2053, se requería cumplir con determinados requisitos, entre ellos la destinación del 100% del valor del impuesto calculado, a la renovación, adición o mantenimiento de los equipos de vuelo (fls. 176/183).

En tercer lugar descorre el traslado para alegar de conclusión el Delegado Octavo de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación quien anota que los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1o. de la Ley 2a. de 1981 no son normas creadoras de situaciones jurídicas particulares y concretas, ni reconocen un derecho

en favor de personas determinadas o de la sociedad demandante, sino que son preceptos de alcance general.

Que como quiera que la Administración no le ha desconocido a la sociedad, por medio de un acto administrativo definitivo, la discutida exención, por ello no puede hablarse de que se le haya desconocido a la demandante un "derecho adquirido".

Respecto a la sanción por inexactitud relieva que contrariamente a lo sostenido por la actora, en este caso no existen "diferencias de criterio", sino la inclusión de un descuento tributario inexistente.

Observa que su juicio es claro, que la Administración al imponer la sanción por inexactitud se ajustó plenamene a la ley. Por lo tanto, auspicia la confirmación de la sentencia recurrida, excepto en cuanto a la sanción por inexactitud (fls. 193/200).

CONSIDERACIONES

La controversia en este proceso gira en torno al hecho de si el descuento tributario establecido por el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974 hasta el año de 1979 y prorrogado hasta el año de 1989 inclusive, en virtud del artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981 constituye un derecho adquirido o una situación jurídica individual y concreta para las empresas colombianas de transporte aéreo en cuyo favor se consagró este beneficio.

La ley fiscal lo concedía siempre y cuando que estas empresas hicieran la inversión de ese descuento dentro del respectivo año o período gravable, circunstancia que debía demostrarse ante las autoridades de impuestos en la respectiva declaración de renta y patrimonio.

Así mismo se debate la procedencia o improcedencia de la sanción por inexactitud al solicitar la sociedad actora el mencionado descuento en la declaración de renta del año gravable de 1988, cuando a esta fecha no existía el beneficio fiscal impetrado porque el artículo 108 dela Ley 75 de 1986, la cual entró en vigencia el 24 de diciembre de este año, derogó expresamente las normas que lo consagraban, es decir, los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1o. de la Ley 2a. de 1981.

Sobre estos aspectos, la Sala en varios fallos ha sostenido que "existe poder soberano del legislador para modificar la normatividad en materia impositiva en todos sus aspectos; las tarifas del impuesto de renta, cambio de las bases tributarias, eliminación o consagración de exenciones o descuentos, tributario, por ejemplo, lo cual no quiere decir que este poder implique que la nueva ley pueda arrasar con situaciones engendradas y consolidadas bajo el amparo de la legislación que se deroga, por estar la conducta del contribuyente dentro del supuesto jurídico previsto en la norma vigente al momento de su realización, cumpliendo así con la condición impuesta para producir sus efectos.

Por tanto, si la conducta se desarrolla conforme a la hipótesis jurídica está llamada a poducir los efectos jurídicos de manera inmediata, pues el hecho de existir un corte de cuentas y consolidación de toda la operación base de la obligación tributaria al finalizar el período fiscal, permite verificar el cumplimiento de los supuestos de hecho previsto en la norma derogada" (Expediente No. 3989, actor Aires S.A., impuesto renta 1986, sentencia junio 7 de 1993, Ponente Doctor Delio Gómez Leyva).

Así mismo, en otras oportunidades la Sala ha expresado que, si bien en materia tributaria no puede afirmarse la existencia de derechos adquiridos, no se descarta que frente a un nuevo ordenamiento, que modifica el anterior, y frente a este, se hayan consolidado situaciones jurídicas, por estar la conducta del contribuyente desarrollada bajo el supuesto legal y, como tal, amparada legalmente para producir todos sus efectos.

En resumen, que existe una posición bien definida de la Corporación en el sentido de que no se ha aceptado jurisprudencialmente la existencia de derechos adquiridos en materia tributaria; pero sí, la existencia en este campo de situaciones jurídicas consolidadas que emanan del principio de legalidad.

Y en cuanto al cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 104 del Decreto Reglamentario 187 de 1975, la Sala, al decidir el proceso 2925 (actor Aerovías del Cesar Ltda., impuesto de renta año gravable 1979) aceptó el descuento tributario para ese año gravable porque la empresa de aviación comprobó la contabilización de las inversiones realizadas en el año gravable 1979 con destino a la renovación, adición y reparación de equipos aéreos mediante la práctica de un peritazgo.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que la sociedad demandante no tiene derecho al descuento tributario consagrado en el Decreto 2053 de 1974 y en la Ley 2a. de 1981, porque este beneficio fiscal a favor de las empresas colombianas de transporte aéero fue derogado expresamente por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, hecho que de por sí no implica desconocimiento de derechos adquiridos ni de situaciones jurídicas individualse concretas como lo ha predicado Expreso Bogotá S.A. a través de toda la actuación tanto en la vía gubernativa como en la jurisdiccional.

En relación con el levantamiento de la sanción por inexactitud, la Sala comparte la opinión del señor Delegado Octavo de la Procuraduría en el sentido de que en el *sub-exámine* no existen diferencias de criterio, sino la inclusión de un descuento tributario inexistente en virtud de la derogatoria expresa que de tal beneficio hizo la Ley 75 de 1986, pues tal como lo puntualiza en su alegato de conclusión "la derogatoria de los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1o. de la Ley 2a. de 1981 y la circunstancia de que estas normas no desconocen ningún "derecho adquirido" o "consolidado" de la sociedad, son hechos incuestionables que no admiten ninguna discusión; pretender que se desconozca una norma legal que como el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 tiene plena vigencia y no es contraria en la Constitución, no es precisamente una "diferencia de criterio" (fl. 199).

Así mismo, merece destacar el hecho de que antes de que la sociedad contribuyente hubiese presentado la respectiva declaración de renta y patrimonio del año gravable de 1988 (4 de julio de 1989), la Corte Suprema de Justicia al declarar la constitucionalidad del artículo 108 de la Ley 75 de 1986 que derogó las normas que consagraban el descuento tributario en cuestión, mediante sentencia de 9 de diciembre de 1987 dilucidó el aspecto de los derechos adquiridos que se debaten, motivo más que sufi-ciente para no aceptar la pretendida diferencia de criterios.

De acuerdo con lo anterior, habrá de revocar la sentencia del Tribunal que accedió a levantar la sanción por inexactitud, sosteniendo que "el menor valor a pagar, se debió a diferencias de criterio entre las oficinas fiscales y la contribuyente que creyó que existía el descuento, por lo cual no se configura la inexactitud de conformidad con el inciso final del artículo 647 del Estatuto Tributario" (fl. 139).

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 16 de diciembre de 1993 proferida en el juicio 9368 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las peticiones formuladas por AEROEXPRESO BOGOTA S.A. Nit. 8-60.052.828 en relación con el impuesto de renta del año gravable de 1988.

2o.- Deniéganse las peticiones de la demanda.

3o.- Reconócese personería a la doctora Nohora Inés Matiz Santos de acuerdo con poder visible a folio 184 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.

PATRIMONIO LIQUIDO-Ajuste/**AJUSTE POR INFLACION/SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia

Hecha la debida confrontación entre el art. 345 del E.T. y el art. 2o. del D.R. 401 de 1994, se observa que el art. acusado tiene expresiones totalmente diferentes al art. 345 del Estatuto Tributario, sin embargo no puede predicarse sin recurrir a conceptos fiscales y contables que en él se varía el alcance del precepto reglamentado; actividad que exigiría un ejercicio reflexivo atípico en la institución de la suspensión y de habitual uso en el pronunciamiento que pone fin al proceso, razones suficientes para considerar improcedente la suspensión solicitada. En consecuencia, no siendo evidente la vulneración manifiesta exigida por el art. 152 del C.C.A. del art. 2o. tampoco se podría predicar tal vulneración del art. 3o. acusado por cuanto su alcance depende de la norma antes mencionada; por consiguiente no prosperan los cargos y en consecuencia no se accederá a decretar la suspensión provisional de las normas acusadas.

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

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5612. Actor: Laureano Gómez Robayo. C/La Nación. Nulidad y suspensión provisional contra los artículos 2o. y 3o. del Decreto 401 de 1994. Auto.

Decide la Sala sobre la admisión de la demanda de nulidad presentada por el ciudadano Laureano Gómez Robayo, contra el Decreto 401 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, del cual se demandan los artículos 2o. y 3o.

ACTO ACUSADO

El demandante allegó un ejemplar del Diario Oficial No. 41.230, del 18 de febrero de 1994, en 8 páginas, en el cual aparece publicado el Decreto 401 de 1994 "por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones" y del que se demandan los preceptos que a continuación se transcriben.

> "Artículo 2o. Para efectos del ajuste del patrimonio líquido al comienzo de cada período gravable, se deberán tomar las mismas bases que fueron tenidas en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios que integran dicho patrimonio."
>
> "Artículo 3o. El presente artículo rige a partir de su publicación y deroga el artículo 41 del Decreto 2076 del 23 de diciembre de 1992 y demás normas que le sean contrarias."

LA DEMANDA

Solicita el actor, que se decrete la nulidad de los preceptos citados por violación de los artículos 11 del Decreto Extraordinario 1744 de 1991, inciso primero, incorporado al artículo 345 del Estatuto Tributario; el artículo 346 del Estatuto Tributario y los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, por cuanto modifica la base del patrimonio líquido sobre la cual se aplica el ajuste integra por inflación del patrimonio.

Con relación a cada una de las normas legales que se predican como violadas, se expone en el memorial de la demanda el concepto de la violación.

Se admite la demanda por cuanto reúne los requisitos formales.

SUSPENSION PROVISIONAL

De modo expreso en la demanda, se solicita la suspensión provisional de los actos acusados, considerando que tal medida debe recaer sobre los dos artículos citados, por cuanto violan los artículos 345 y 346 del Estatuto Tributario y los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, por cuanto el artículo 2o. cambia la base gravable del impuesto de renta y complementarios, pues varía la base sobrela cual se aplica el ajuste por inflación del patrimonio líquido, teniendo esto, incidencia en la determinación de la renta líquida gravable.

Como el artículo 2o. modifica la obligación sustancial de los contribuyentes del impuesto de renta y complementarios, la vigencia de la norma debe ser a partir del 1o. de enero de 1995 y no a partir de la fecha de publicación del decreto.

Manifiesta que luego de establecer una confrontación entre la norma demandada y el artículo 345 del Estatuto Tributario, que considera como vulnerado, existe la

contradicción manifiesta que exige el Código Contencioso Administrativo para que proceda la medida precautelativa.

CONSIDERACIONES

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo prevé los requisitos para que proceda la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo, aspecto que examina la Sala a continuación.

La solicitud de suspensión provisional se presentó con la demanda y fue sustentada conforme lo prevé la norma antes mencionada (ver folio 11).

En segundo lugar debe aparecer manifiesta la violación de las normas que sirvieron de fundamento al acto demandado, precepto respecto del cual, esta Corporación ha dicho de manera reiterada que tal violación debe surgir *prima facie,* sin que sean necesarios profundos análisis o complejas reflexiones para poder establecerla.

El ciudadano demandante al sustentar la solicitud de suspensión provisional de los artículos 2o. y 3o. del Decreto 401 de 1994, afirma que dichos artículos violan los artículos 345 y 346 del Estatuto Tributario y 338 y 363 de la Constitución Política por cuanto el artículo 2o. cambia la base gravable del impuesto de renta y complementarios al variar la base sobre la cual se aplica el ajuste por inflación del patrimonio líquido; además, que modifica la vigencia de la norma.

La Sala procede a comparar la norma acusada con el artículo 345 del Estatuto Tributario.

ARTICULO 345 DEL E.T.	ARTICULO 2o. D.R. 401/1994
"El patrimonio líquido al comienzo de cada período debe ajustarse con base en el PAAG, salvo cuando dicho patrimonio sea negativo, en cuyo caso no se efectúa este ajuste. Como contrapartida se llevará un débito a la cuenta de corrección monetaria por igual cuantía."	"Para efectos del ajuste del patrimonio líquido al comienzo de cada período gravable, se deberán tomar las mismas bases que fueron tenidas en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios que integran dicho patrimonio."

Hecha la debida confrontación, observa la Sala que el artículo acusado tiene expresiones totalmente diferentes al artículo 345 del Estatuto Tributario, sin embargo no puede predicarse sin recurrir a conceptos fiscales y contables que en él se varía al alcance del precepto reglamentado; actividad que exigiría un ejercicio reflexivo atípico en la institución de la suspensión y de habitual uso en el pronunciamiento que pone fin al proceso, razones suficientes para considerar improcedente la suspensión solicitada.

En consecuencia, no siendo evidente la vulneración manifiesta exigida por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, del artículo 2o., tampoco se podría predicar tal vulneración del artículo 3o. acusado, por cuanto su alcance depende de la norma antes mencionada; por consiguiente no prosperan los cargos y en consencuencia no se accederá a decretar la suspensión provisional de las normas acusadas.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o.- Admítase la demanda presentada por el ciudadano **Laureano Gómez Robayo** contra los artículos 2o. y 3o. del Decreto Extraordinario 401 del 18 de febrero de 1994, del Gobierno Nacional.

Se dispone:

a) Notifíquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Agente del Ministerio Público.

b) Fíjese en lista por el término legal.

c) Solicítese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, la remisión con destino a este expediente de los antecedentes administrativos si los hubiere.

2o.- Niégase la suspensión provisional.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que este auto 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.

RETENCION EN LA FUENTE–Objeto/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La retención en la fuente es un mecanismo a través del cual la Administración logra el recaudo inmediato de un porcentaje preestablecido que a título de impuesto se retiene, cuando se efectúen pagos considerados como ingreso tributario para el beneficiario del mismo. Solo para el caso de los contribuyentes no declarantes y de los pagos por la ganancia ocasional por rifas, loterías y apuestas, se entiende que el valor del impueato correspondiente a1 ingreso, es exactamente igual al que se le retuvo en la fuente. Para los demás, sólo en el momento de la finalización del ejercicio, cuando se consolide definitivamente su obligación fiscal, podrá establecerse el valor del impuesto a cargo, parte del cual ya fue retenido en la fuente. Se trata entonces de una especie de pago anticipado, pero no definitivo del posible impuesto a cargo.

PAGO EN EXCESO/RETENCION EN LA FUENTE/IMPUESTO A CARGO/ IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Es evidente que si en determinado ejercicio la retención en la fuente es superior al impuesto a cargo, se configura un "pago en exceso" de impuesto a la renta en dicho año. No se comparte así el argumento de la defensa, que considera que el pago en exceso solo podría configurarse con respecto al pago efectivamente realizado del impuesto "más no así para las retenciones en la fuente practicadas puesto que éstas no corresponden a un pago en exceso sino a un impuesto anticipado practicado en el monto de su causación.

SALDO A FAVOR/DEVOLUCION/RETENCION EN LA FUENTE/LIQUIDACION PRIVADA

Si bien las normas sobre devoluciones de saldos a favor, definen y establecen los procedimientos para obtener las devoluciones, siempre

se han referido a las "liquidadas en las declaraciones tributarias", no pueden llegar a interpretarse de una manera tan restrictiva, que lleve a concluir que en ellas hay implícita una prohibición: que si la retención que da lugar al impuesto pagado en exceso no se "consignó" en el formulario de la declaración tributaria, se pierde el derecho a obtener su devolución. Las normas señaladas son meramente enunciativas de la posibilidad de obtener la devolución de los saldos créditos arrojados por las liquidaciones privadas de los impuestos liquidados en las declaraciones tributarias, pero en ellas no consagran legalmente una prohibición de devolver impuestos que, retenidos en la fuente, excedieron el valor a pagar por el impuesto liquidado en un año fiscal. Pero es necesario definir que lo que sí es indispensable para obtener la devolución, es la existencia de una liquidación privada del impuesto, en la cual se haya efectuado la autorización del impuesto a cargo por dicho año, fin de tener ese punto de confrontación con las retenciones practicadas durante el ejercicio y llegar así a demostrar que sí se retuvo en exceso a título de impuesto de renta, con respecto a lo definitivamente liquidado al finalizar el ejercicio. Una cosa es que sea necesaria una liquidación privada del impuesto como presupuesto básico para demostrar el pago en exceso y otra que se exija la formalidad de la inclusión de las retenciones en la fuente en dicha liquidación privada, como un requisito fatal, cuya inobservancia acarrearía para el contribuyente la pérdida de su derecho a obtener la devolución del mayor valor pagado".

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

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5511. Consulta de la Sentencia de 22 de marzo de 1994 del Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: Compañía Colombiana de Tejidos S.A. "Coltejer". Fallo.

Consulta el Tribunal Administrativo de Antioquia su sentencia de 22 de marzo de 1994, estimatoria de los súplicas de la demanda, proferida en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 241 de 31 de diciembre de 1990 y 388 de 27 de noviembre de 1991, expedidas por la División de Recaudo de la Subadministración de Grandes Contribuyentes y por la División Jurídica de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Antioquia, respectivamente.

ANTECEDENTES

Mediante las resoluciones demandadas, la Administración de Impuestos negó la solicitud de compensación presentada por la sociedad actora en la suma de $7.550751, correspondiente al exceso de retenciones practicadas durante el año gravable de 1986, argumentando que la suma solicitada en compensación no fue declarada oportunamente.

LA DEMANDA

La apoderada de la sociedad actora consideró vulnerados, los artículos 363 de la Constitución; 31 de Decreto 2821 de 1974 y 683 y 850 del Estatuto Tributario.

Argumentó que no compartía lo expuesto por la Administración en las resoluciones acusadas, toda vez que siendo cierto que a la sociedad actora le practicaron retenciones en la fuente por $203.375.240, suma comprobada con la relación de rentención en la fuente que se adjuntó a la respectiva solicitud y con las fotocopias autenticadas de los certificados de retención en la fuente expedidos por los agentes retenedores, resulta evidente que el pago en exceso solicitado es existente, que el agente retenedor existe y que tales sumas ingresaron a las arcas del Estado.

Finalmente señaló que la suma pagada en exceso y solicitada constituye un pago de lo no debido y por lo tanto, debe ser devuelta con los respectivos intereses corrientes y moratorios.

LA OPOSICION

El apoderado de la Administración se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando, con fundamento en el artículo 18 de la ley 75 de 1986, que para que el contribuyente pueda tener derecho a solicitar la devolución por saldos a favor originados en el exceso de retenciones en la fuente, debe incluir éstos en la declaración de renta, toda vez que, se trata de un beneficio concedido por la ley para aquellas personas obligadas a declarar.

EL FALLO CONSULTADO

El Tribunal Administrativo de Antioquia, con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de 2 de abril de 1993, expediente No. 4613, acogió las súplicas de la demanda argumentando que "habiéndose efectuado la declaración privada, constatado que la retención en la fuente superó la obligación fiscal y de que se puede tomar como un enriquecimiento sin causa a favor del tesoro público no reintegrar lo cubierto (...), las aspiraciones de la accionante deben prosperar" (fl 643).

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de esta oportunidad, el apoderado de la Administración transcribió los argumentos expuestos dentro del proceso No. 4613, actor: SICIM S.P.A. y solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El grado de jurisdicción es procedente, en los términos del artículo 184 del Decreto 01 de 1984, en cuanto se impone a la entidad demandada la carga del reintegro de una cantidad dineraria con los respectivos intereses corrientes y moratorios.

Dentro del *sub-lite,* la controversia planteada se concreta en determinar si la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín estaba obligada a devolver la retención en la fuente que le fue practicada en exceso a la sociedad actora en el año de 1986 y que no fue incluida como tal en la declaración de renta de tal vigencia, o si como lo sostiene la demandada, incumplida por la contribuyente la formalidad de consignar el dato de la retención en la fuente en la declaración, perdió el derecho a obtener su devolución.

Al respecto la Sala se pronunció en la sentencia de 2 de abril de 1993, expediente No. 4613, Consejero Ponente Doctor Guillermo Chahín Lizcano, en los siguientes términos que ahora reitera:

> "Como ha sido ya expuesto a lo largo del proceso, la retención en la fuente es un mecanismo a través del cual la Administración logra el recaudo inmediato de un porcentaje preestablecido que a título de impuesto se retiene, cuando se efectúen pagos considerados como ingreso tributario para el beneficiario del mismo . Solo para el caso de los contribuyentes no declarantes y de los pagos por la ganancia ocasional por rifas, loterías y apuestas, se entiende que el valor del impuesto correspondiente al ingreso, es exactamente igual al que se le retuvo en la fuente. Para los demás, solo en el momento de la finalización del ejercicio, cuando se consolide definitivamente su obligación fiscal, podrá establecerse el valor del impuesto a cargo, parte del cual ya fue retenido en la fuente. Se trata entonces de una especie de pago anticipado, pero no definitivo del posible impuesto a cargo.
>
> "Quedando entonces suficientemente claro que la retención en la fuente es un pago de impuesto, solo que efectuado a través de un mecanismo especial, podrá afirmarse que cuando la retención en la fuente es superior al impuesto definitivamente establecido en la liquidación privada no se configura un pago en exceso?. Para la Sala es evidente que si en determinado ejercicio la retención en la fuente es superior al impuesto a cargo, se configura un "pago en exceso"

de impuesto a la renta en dicho año. No comparte así la Sala el argumento central de la defensa, que considera que el pago en exceso solo podría conf igurarse con respecto al pago efectivamente realizado del impuesto "mas no así para las retenciones en la fuente practicadas puesto que éstas no corresponden a un pago en exceso sino a un impuesto anticipado practicado en el monto de su causación..." (f l . 131 c.p., memorial de contestación de la demanda).

"En cuanto al requisito formal exigido por la Administración, de la necesidad de incluir el valor de las retenciones en la fuente en la declaración tributaria del ejercicio respectivo, como factor indispensable para configurar un saldo crédito y así lograr su devolución, la Sala efectúa las siguientes consideraciones:

"Si bien las normas sobre devoluciones de saldos a favor, citadas por la Administración como fundamento legal de su rechazo, así como las pertinentes del decreto 2503 de 1987, vigente al momento de presentarse la solicitud y las contempladas en el Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario) que enmarcan, definen y establecen los procedimientos para obtener las devoluciones, siempre se han referido a las "liquidadas en las declaraciones tributarias", no pueden llegar a interpretarse de una manera tan restrictiva, que lleve a concluir que en ellas hay implícita una prohibición: que si la retención que da lugar al impuesto pagado en exceso no se "consignó" en el formulario de la declaración tributaria, se pierde el derecho a obtener su devolución. Las normas señaladas son meramente enunciativas de la posibilidad de obtener la devolución de los saldos créditos arrojados por las liquidaciones privadas de los impuestos liquidados en las declaraciones tributarias, pero ellas no consagran legalmente una prohibición de devolver impuestos que, retenidos en la fuente, excedieron el valor a pagar por el impuesto liquidado en un año fiscal.

"Pero es necesario definir que lo que sí es indispensable para obtener la devolución, es la existencia de una liquidación privada del impuesto, en la cual se haya efectuado la autotasación del impuesto a cargo por dicho año, a fin de tener ese punto de confrontación con las retenciones practicadas durante el ejercicio y llegar así a demostrar que sí se retuvo en exceso a titulo de impuesto de renta, con respecto a lo definitivamente liquidado al finalizar el ejercicio. Una cosa es que sea necesaria una liquidación privada del impuesto como presupuesto básico para demostrar el pago en exceso y otra que se exija la formalidad de la inclusión de las retenciones en la fuente en dicha liquidación privada, como un requisito fatal, cuya inobservancia acarrearía para el contribuyente la pérdida de su derecho a obtener la devolución del mayor valor pagado".

"Por lo demás comparte la Sala la apreciación del Tribunal de que negar una devolución de un pago por exceso de impuesto, por el incumplimiento de un requisito formal que no está consagrado como tal en la ley, constituye un

enriquecimiento sin causa en favor del Tesoro Público y va en contra del principio del derecho tributario que informa que el Estado no pretende de los particulares sino aquello que realmente les corresponda frente a las cargas públicas de la Nación".

De acuerdo con lo anterior, y estando comprobado en el presente caso que a la sociedad actora durante la vigencia de 1986 se le practicaron retenciones en la fuente por la suma de $203.440.344, que presentó la declaración de renta de 1986 liquidándose un impuesto a cargo de $80.850.573 y que el saldo a favor originado por tal año gravable le fue devuelto en la suma de $114.834.490 y compensada la suma de $204.530 al cuarto bimestre de 1989 en el impuesto sobre las ventas, resulta evidente que la devolución solicitada en la suma de $7.550.751, por tratarse de un pago en exceso, es procedente.

De conformidad con los anteriores razonamientos, la Sala confirmará el fallo consultado.

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 el fallo consultado.

Se reconoce personería al doctor WILLIAM RIBERO VALDERRAMA como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para efectos del memorial anexo.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en al 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.

DEDUCCION TEORICA-Determinación/AJUSTE POR INFLACION

Es concepto común que la deducción teórica consagrada por el artículo 15 del Decreto Extraordinario 1774 de 191 (art. 354 E.T.) reglamentado por el 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, constituye un beneficio transitorio (del año 92 al 96) que persigue aminorar el impacto de los ajustes por inflación en materia tributaria, respecto a las empresas que registran un alto nivel de endeudamiento. El presupuesto legal para su procedencia es que el patrimonio líquido del principio del año sea inferior a la sumatoria que en la misma fecha tengan los activos no monetarios (sujetos a los ajustes) señalados en el artículo 354 del Estatuto Tributario. La diferencia entre tales activos no monetarios y el patrimonio líquido constituye la base para determinar la deducción teórica aplicando los porcentajes decrecientes (del 55 al 15) en cada uno de los años de 1992 a 1996, señalados en la ley.

DEDUCCION TEORICA-Ajuste/AJUSTE A INGRESOS/AJUSTES POR INFLACION

El artículo 8o. acusado aclaró que el ajuste a la cuenta "compras" constituye un ajuste al costo del año que en nada afecta la base de la deducción teórica, ni su resultado, los cuales se determinan sobre los valores que tengan a principios del año los activos no monetarios y el patrimonio líquido. Y es obvio que por tratarse de valores de balance de principio de año, en la cuenta de inventarios ya está reflejado el ajuste a la cuenta compras o al inventario que debió hacerse en el año anterior para llegar al saldo de las existencias y que como todo aumento o disminución quedó reflejado en el "patrimonio social" de ese mismo momento, por la sencilla razón de que este involucra el resultado de pérdidas y ganancias de ese ejercicio como dato ya consolidado. De

manera que el cargo de violación, del artículo 354 del Estatuto Tributario, por parte de la aclaración que hizo el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2195 de 1993 mediante la adición a la enumeración de las cuentas de resultado de los artículos 16 y 27 del Decreto 2195 (ingresos, costos y gastos). Por lo mismo, tampoco resulta demostrada la alegada violación de los artículos 348-1 que regula el ajuste de los ingresos, costos y gastos del período gravable, así como el 350 que determina la utilidad o pérdida por exposición a la inflación obviamente del mismo ejercicio.

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

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5296. Actor: Carlos Alfredo Ramírez. Acción de nulidad contra el artículo 8o., primera parte del Decreto Reglamentario 2591 del 23 de diciembre de 1993, expedido por el Gobierno Nacional. Fallo.

El ciudadano CARLOS ALFREDO RAMIREZ, actuando en su propio nombre, solicita de la jurisdicción la declaratoria de nulidad parcial del artículo 8o. del Decreto 2591 de diciembre 23 de 1993, proferido por el Gobierno Nacional.

1.- El acto acusado

El contenido de la norma acusada en la parte subrayada del Decreto 2591 de 1993 es el siguiente:

"Artículo 8o. Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales. Adiciónase y modifícase el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, así:

"El numeral 3o. se adiciona con la siguiente frase final:

"Para este efecto constituye ajuste al costo el efectuado de acuerdo con lo previsto en el artículo 333-1 del Estatuto Tributario....."

LA DEMANDA

Se afirma en la demanda que:

"1. Uno de los factores del resultado que el artículo 350 del Estatuto Tributario (o artículo 1o. del Decreto 624 de 1989) denomina "utilidad o pérdida por exposición a la inflación para efectos del impuesto sobre la renta", es el "ajuste de

las compras de mercancías o inventarios" previsto en el artículo 333-1 (incorporado por el 5o. del Decreto Extraordinario 1744 de 1991), en relación con el 331, inciso final, de ajustes por inflación mensuales.

"Y es un factor de utilidad puesto que, como se describe al final del artículo 333-1, la contrapartida del ajuste es "un crédito a la cuenta de Corrección Monetaria".

"2. El artículo 354 (15 del Decreto Extraordinario 1744 de 1991), al establecer la "deducción teórica" de que trata, la autorizó "hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria", como se lee en el numeral 3 del artículo; o sea, limitó esta deducción hasta el monto de la "utilidad" por "exposición a la inflación".

"3. El artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, adicionado en su ordinal 3o. por la norma objeto de esta demanda, aclaró que el límite de la deducción teórica, o sea, la utilidad por exposición a la inflación, para calcular dicha deducción ha de establecerse "antes de los ajustes a cuentas de resultado" los cuales NO afectan dicha utilidad.

"Son estos últimos ajustes los dispuestos en el artículo 348-1 del Estatuto Tributario (14 del decreto exrtraordinario 1744 de 1991) con estas características:

"a) Opcionales hasta 1993 y obligatorios a partir de 1994;

"b) Para efectuar siguiendo el procedimiento prescrito en el artículo 333-1;

"c) Y cuyas bases son los ingresos y "los demás costos y gastos", es decir, los costos y gastos diferentes de los que se basan en la "compras de mercancías o inventarios" a que se refiere el artículo 333-1 y que, repitiendo lo descrito en 1, por originar crédito en la cuenta de exposición a la inflación, incrementan la utilidad por tal exposición.

"4. Pero a diferencia de las indicadas normas de ley, la reglamentaria acusada, al adicionar el artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 y para efecto de la deducción a que él se refiere, dispuso que el ajuste por inflación basado en el monto de las compras de mercancías o inventarios y cuya contrapartida es un crédito en la cuenta de exposición a la inflación como se acaba de describir en el hecho 3 que precede, "constituye un ajuste al costo". Con ello tiende a reducir el límite de la deducción, pues así este ajuste se excluiría de los "ajustes a cuentas de resultado" que según el reglamento adicionado, no tiene incidencia en dicho límite.

"Sintetizando el contenido de las normas con jerarquía de la ley citadas en el anterior relato, se tiene, en relación con el AJUSTE de COMPRAS de

mercancías o inventarios, que los artículos 333-1 y 348-1 (puntos 1 y 3) ordenan que se registre como CREDITO en la cuenta de CORRECCION MONETARIA o de exposición a la inflación, crédito que incrementa el resultado de utilidad a que se refiere el artículo 350 y de consiguiente, el límite de la deducción que estableció el artículo 354 (punto 2)".

Como consecuencia de la violación de la norma superior señalada anteriormente, evidencia también la violación de los artículos 348-1 y 350 del Estatuto Tributario.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La apoderada de la entidad demandada se opone a la demanda de nulidad arguyendo que:

No fue violado el artículo 354 del Estatuto Tributario por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993 porque:

El artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, adiciona el artículo 21 numeral 3 del Decreto 2075 de 1992, relativo a la deducción teórica, en el sentido de aclarar que el ajuste a compras contenido en el artículo 333-1 del Estatuto Tributario constituye ajuste al costo y en consecuencia, se entiende incorporado en los ajustes a las cuentas de resultado que se excluyen para el cálculo de la deducción teórica.

De conformidad con las disposiciones del Estatuto Tributario relativas a la determinación de los costos (artículos 58 y ss) en la enajenación de activos movibles y de acuerdo con la técnica contable universalmente aceptada, las compras constituyen un concepto, base para la determinación de los mismos, sea cual fuere el sistema de determinación de los costos adoptado por el contribuyente y el método de valuación de inventarios.

Ahora bien, la deducción teórica autorizada en los términos del artículo 354 del Estatuto Tributario hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria, fue reglamentada por el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, estableciéndose en su numeral 3o. que el límite autorizado por la norma superior debía calcularse antes de los ajustes a las cuentas de resultado a que se refieren los artículos 16 y 27 del mismo Decreto, esto es ingresos, costos y gastos del ejercicio.

Acorde con la anterior disposición, el concepto compras se considera incorporado en la cuenta de resultado costos, es decir, que el reglamento en la disposición acusada no adiciona ni modifica el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, que limitó el derecho a la deducción teórica. Simplemente aclaró y precisó que el ajuste a las compras, sea que estas se contabilicen en la cuenta "compras" o como un débito a la cuenta "Inventarios", constituye un ajuste al costo por ser ellas un elemento esencial del costo en ventas.

El incremento o movimiento de las compras en el respectivo año fiscal y su ajuste, en nada afecta la base de la deducción teórica ni el resultado de la misma, ya que este no influye en la base de la deducción teórica, puesto que para su determinación se tienen en cuenta el valor de las cuentas no monetarias al inicio del ejercicio y el patrimonio líquido inicial y de todos modos el saldo crédito límite de la deducción teórica no puede exceder del ajuste a los activos no monetarios en el supuesto de que el patrimonio líquido sea cero (0).

Ilustra la aseveración con un ejemplo para concluir que el incremento de las compras del año y su ajuste no afectan la base de la deducción teórica, ni el resultado de la misma y que es diferente la situación para el cálculo de la base de la deducción teórica para el año siguiente, donde de conformidad con los artículos 354 del Estatuto Tributario y 21 del Decreto 2075 de 1992, debe tomarse como base el inventario final, hecho que no altera ni modifica la disposición acusada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El actor al alegar de conclusión reitera los motivos que le llevan a deducir la ilegalidad del acto acusado en cuanto señala que el ajuste efectuado de acuerdo con lo previsto en el artículo 333-1 del Estatuto Tributario constituye "ajuste al costo" porque:

1.– Este artículo 333-1 ordena que el ajuste de las compras de mercancías o inventarios tenga como contrapartida "un crédito a la cuenta de corrección monetaria", en todos los casos y para todos los efectos puesto que no excluye ninguno.

El reglamento acusado pertende en cambio, que cuando se vaya a determinar el monto de la deducción teórica establecida en el artículo 354, el ajuste previsto en el 333-1, tenga contrapartida distinta en el costo, como ajuste de él. Si el "crédito a la cuenta de corrección monetaria" que ordena la norma superior es distinto del "ajuste al costo" dispuesto en la norma reglamentaria acusada, es claro que esta envuelve modificación de la norma superior en el sentido de que el ajuste a las compras o inventarios tenga un efecto especial, para determinar la deducción teórica. Cuando la ley no distingue a su intérprete que va a reglamentarla, no le es lícito distinguir. El reglamentador, en conclusión, en este caso creó una excepción a la regla de la ley según la cual el ajuste a las compras tiene como contrapartida "un crédito a la cuenta de corrección monetaria", para todos los efectos, inclusive para establecer la cuantía de la deducción teórica.

2.- Consecuencia de pertender crear una excepción a dicha regla es que el reglamento acusado infringe además el artículo 350 del Estatuto Tributario, que define como exposición a la inflación el resultado de los movimientos débitos y créditos de la cuenta de corrección monetaria, dentro de estos últimos el correspondiente al ajuste a las compras o inventarios. Por este reglamento, uno es el resultado por tener en cuenta

al calcular la deducción teórica, que no contiene el crédito contrapartida del ajuste a compras o inventarios previsto en el artículo 333-1, y otro es el que se tiene para los demás efectos, con cómputo de dicho crédito. Nueva modificación, pues, de norma superior, nueva distinción que ella no hace.

3. Por el mismo motivo de pretender que el ajuste a las compras o inventarios tenga contrapartida distinta de la que ordena el artículo 333-1 para todos los efectos, el reglamento acusado infringe también el artículo 348-1, que regula los ajustes a "los demás costos y gastos", los diferentes de los de compras o inventarios, por pretender que para determinar la deducción teórica el ajuste de las compras pierda su individualidad, sea uno más de esos otros ajustes de costos y gastos: ahora, lo que por ley es diferente, se pretende que por reglamento sea lo mismo. No es lícito que cuando la ley distingue, su intérprete al reglamentarla elimine la distinción, asimile lo que por ella es diferente.

Afirma que la primera parte del artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, le da al ajuste de las compras un doble carácter, puesto que por una parte mantiene el ajuste como integrante del crédito en la cuenta de corrección monetaria para efectos de determinar la utilidad o pérdida por exposición a la inflación, mientras que por otra lo excluye de dicho crédito a efectos de establecer el saldo en esta misma cuenta para efectos de la deducción teórica, doble trato que en manera alguna surge del artículo 354 del Estatuto Tributario reglamentado por la norma acusada.

La apoderada de la Nación, Ministerio de Hacienda, al alegar de conclusión ratifica los argumentos expuestos con ocasión de la contestación de la demanda e insiste en que no hubo violación de la norma superior por parte del decreto reglamentario porque, como la norma superior que establece la deducción teórica se limita a definir los elementos esenciales que permiten su determinación base, porcentaje y su límite sin precisarlo, fue necesario que el artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 lo precisara como en efecto lo hizo y en tales circunstancias, la adición a la anterior disposición hecha por el artículo 5o. del Decreto 2591 de 1993, sería presumiblemente violatoria del reglamento que adiciona, pero no de la ley: artículo 354 del Estatuto Tributario, frente al cual no tiene prosperidad la acción.

Alega además que no puede pretenderse la nulidad de la norma acusada por los efectos que ella pueda tener en casos particulares y concretos como lo pretenden los actores, porque el hecho de que al restar del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria el crédito originado por el ajuste a las compras, la parte no compensada resulte gravada, y que puede dar lugar a utilidad o pérdida, no resulta de la aplicación del reglamento acusado sino de la actuación particular y concreta del contribuyente y que como resultado de la aplicación de los ajustes puede originarse.

Distinto es el límite de la deducción teórica que por mandato del artículo 354 del Estatuto Tributario, y como lo fijó el reglamento artículo 21 numeral 3o. del Decreto 2075 de 1992, se entiende antes de los ajustes a las cuentas de resultado.

Entonces partiendo de la presunción de legalidad que ampara la anterior disposición reglamentaria, se entiende en ella incorporada la precisión hecha en el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, porque la cuenta de resultado costo a que se refieren los artículos 16 y 27 del mismo decreto, admite el concepto compras y su correspondiente ajuste, como se deduce claramente de su artículo 7o. que dispone:

> "Las compras de mercancías o inventarios, así como los demás factores que hagan parte del costo de los mismos..."

Sin que lo anterior implique que el ajuste de las compras de mercancías o inventarios tenga dos tipos de efecto como afirma el actor, ni que se desconozca que todos los ajustes registrados en la cuenta corrección monetaria fiscal son determinantes del resultado de la exposición a la inflación, porque el hecho de la exclusión de los ajustes a las compras para el efecto de determinar el límite a la deducción teórica, no implica una modificación al contenido de los artículos 348-1 y 350 del Estatuto Tributario que autorizan el ajuste de las cuentas de resultado y la determinación de la utilidad o pérdida por exposición a la inflación, tomando para el efecto los registros débitos y créditos de la cuenta de corrección monetaria, incluyéndose en estos últimos el ajuste a compras, porque en todo caso es independiente la deducción por pérdida, que se obtiene del saldo débito de la cuenta corrección monetaria, de la deducción teórica, es decir, la una no excluye la otra, por lo menos desde el punto de vista legal, porque en la práctica es de suponer que los contribuyentes beneficiarios de la deducción teórica registran un saldo crédito en la cuenta corrección monetaria y no un saldo débito.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación, considera que el artículo acusado no incurrió en violación de ninguna de las normas citadas por el actor.

Expone en primer lugar, que la demanda ha debido comprender también la frase: "El numeral 3o. se adiciona con la siguiente frase final", por cuanto esta determina el ámbito aplicable por la adición misma, que no modifica en esa parte el artículo 21 sino que lo complementa.

Las razones para impetrar la nulidad esgrimida por el demandante, radican en la consideración de que la deducción teórica a que se refiere el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, debe afectar el saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria fiscal después de hechos los ajustes a que se refiere el artículo 333 del Estatuto Tributario y relacionado con los activos movibles o inventarios, **"poseídos el último día del año gravable."**

Sin embargo del texto del artículo 21 que ha sido adicionado por la norma acusada, resulta claro que la deducción teórica, debe efectuarse cuando al inicio del año gravable el patrimonio líquido sea inferior al costo fiscal de determinados activos no monetarios, y taxativamente enumerados en el mencionado artículo, o sea, que para beneficiarse de la deducción teórica mencionada, debe tomarse como base los datos que arrojen los registros contables en el inicio de cada año y por lo tanto sin tener en cuenta los ajustes de los inventarios movibles como resultado de las operaciones de ese ño, ajustes que sólo se realizan el "último día del año gravable".

En otras palabras, los datos para calcular la deducción teórica cuando el patrimonio líquido del contribuyente es inferior a la sumatoria de los activos monetarios, enumerados en ese artículo, tienen que ser los que arrojen los registros contables el primero de enero del año gravable correspondiente. Y el ajuste de activos movibles o inventarios lo autoriza el Estatuto Tributario para ser efectuado el último día del año gravable.

En consecuencia, la adición al numeral 3o. del artículo 21 del Decreto 2075, hecha por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, no hace nada distinto que ratificar y aclarar que la deducción teórica mencionada, debe aplicarse antes de los ajustes que se hagan a las cuentas de resultado el último día del año gravable, por cuanto que las bases para calcular esa deducción teórica no son las de final del año gravable sino la que arroja los registros contables al comienzo del año.

Afirma que al estudiar cuidadosamente el fenómeno de la deducción teórica y la mecánica de los ajustes por inflación, que de por sí son complejos, por razón de su naturaleza y por la dificultad de entendimiento de la misma reglamentación legal, ha llegado a estas conclusiones y que la reafirman en el criterio de que la adición acusada, no hace sino aclarar un posible mal entendimiento sobre cual debe ser el saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria fiscal para aplicarle la deducción teórica reglamentada por el artículo 21 con fundamento en lo dispuesto por el artículo 354 del Estatuto Tributario.

Lo que es lógico porque si se aplicara la deducción teórica al saldo crédito de la corrección monetaria incrementado con los ajustes por inflación hecho a los activos movibles, dicha deducción teórica tendría un cupo mayor, lo que no es razonable, por cuanto que la base son los guarismos que arroja la situación financiera del contribuyente a principios del año gravable.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Comparte la Sala la crítica que hace la señora Procuradora a la demanda en cuanto dejó de incluir la parte inicial del artículo 8o. acusado que dispuso "El numeral 3o. se adiciona con la siguiente frase final", porque esta frase además de señalar la ubicación

exacta en la reglamentación, sirve para percisar sus alcances que no son otros que los de complementar al citado numeral 3o. que limita la deducción teórica al saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria, "calculada antes de los ajustes de las cuentas de resultado a que se refieren los artículos 16 y 27 de este decreto" que son los ingresos, costos y gastos del ejercicio.

Es concepto común que la deducción teórica consagrada por el artículo 15 del Decreto Extraordinario 1774 de 1991 (art. 354 E.T.) reglamentado por el 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 constituye un beneficio transitorio (del año 92 al 96) que persigue aminorar el impacto de los ajustes por inflación en materia tributaria, respecto a las empresas que registran un alto nivel de endeudamiento. El presupuesto legal para su procedencia es que el patrimonio líquido del principio de año sea inferior a la sumatoria que en la misma fecha tengan los activos no monetarios (sujetos a los ajustes) señalados en el artículo 354 del Estatuto Tributario.

La diferencia entre tales activos no monetarios y el patrimonio líquido, constituye la base para determinar la deducción teórica aplicando los porcentajes decrecientes (del 55% al 15%) en cada uno de los años de 1992 a 1996 señalados en la ley.

Los activos no monetarios indicados por la ley son "terrenos, edificios, equipos, muebles, inventarios, aportes en sociedades y acciones", por lo cual se entiende que los ajustes a las cuentas de resultado, se excluyen para el cálculo y por ello en el artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 se interpretó que el límite autorizado por el artículo 354 debía calcularse antes de los ajustes a las cuentas de resulto (ingresos, costos y gastos). Dentro de este criterio y por tal razón, el artículo 8o. acusado aclaró que el ajuste a la cuenta "compras" constituye un ajuste al costo del año que en nada afecta la base de la deducción teórica, ni su resultado, los cuales se determinan sobre los valores que tengan a principios del año los activos no monetarios y el patrimonio líquido. Y es obvio que por tratarse de valores de balance de principio del año, en la cuenta de inventarios ya está reflejado el ajuste a la cuenta compras o al inventario que debió hacerse en el año anterior para llegar al saldo de las existencias y que como todo aumento o disminución, quedó reflejado en el "patrimonio social" de ese mismo momento, por la sencilla razón de que éste involucra el resultado de pérdidas y ganancias de ese ejercicio como dato ya consolidado.

De manera que el cargo de violación, del artículo 354 del Estatuto Tributario, por parte de la aclaración que hizo el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2195 de 1993 mediante la adición a la enumeración de las cuentas de resultado de los artículos 16 y 27 del Decreto 2195 (ingresos, costos y gastos), no está demostrado y no hay lugar a aceptar las súplicas de la demanda como lo dice el Ministerio Público.

Por lo mismo, tampoco resulta demostrada la alegada violación de los artículos 348-1 que regula el ajuste de los ingresos, costos y gastos **del período gravable,** así

como el 350 que determina la utilidad o pérdida por exposición a la inflación obviamente del mismo ejercicio.

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

No se accede a las súplicas de la demanda.

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.

NULIDAD/COMPETENCIA FUNCIONAL/FUNCIONARIO INCOMPETENTE

Observa la Sala que efectivamente mediante el Decreto 2503 del 4 de agosto de 1986, vigente desde el 14 de agosto de 1986, fecha de su publicación en el Diario Oficial 37589, se suprimió el cargo de Subdirector de Valorización Dirección de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que para la época desempeñaba el funcionario, quien en tal calidad expidió la Resolución 10731 del 25 de noviembre de 1986, situación que evidencia que el acto acusado fue expedido por funcionario que había perdido la investidura y competencia para el efecto, razón por la cual no podía ejercer funciones correspondientes al cargo suprimido. No se encontró norma alguna de fecha 14 de agosto de 1986 al 2 de diciembre del mismo año que atribuyera funciones de empleado público a dicho señor, de donde se concluye que valorado el hecho que como el referido cargo fue suprimido desde el 14 de agosto de 1986, el acto expedido el 25 de noviembre de 1986, está viciado de nulidad, conforme el articulo 84 del C.C.A., por haberse dictado por funcionario incompetente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.;C., junio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5518. Actor: Inversiones Venecia Invensa S.A. Contribución Valorización. Fallo.

Por haberse negado el proyecto presentado por la Consejera: Dra. Consuelo Sarria Olcos, procede la Sala a decidir la Consulta de la sentencia del 15 de marzo de 1994,

mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho en la demanda instaurada por la sociedad INVERSIONES VENECIA INVENSA S.A., contra los actos administrativos a través de los cuales se distribuyó 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.

ANTECEDENTES

El 25 de noviembre de 1986, a través de la Resolución 10731, modificada en su artículo 3o. por la Resolución 6126 del 12 de julio de 1988, el Subdirector de Valorización del Ministerio de Obras Públicas y Transporte distribuyó la contribución de valorización a cargo de los propietarios beneficiados con la construcción y pavimentación de la segunda calzada de la carretera Cali-Palmira. Ruta 25, Tramo 05, en el departamento del Valle del Cauca, dentro de la cual quedó gravada la demandante como propietaria que es de los siguientes predios:

No. Catastral	Matrícula Inmobiliaria	Contribución
00-01-011-0151	378-00-25820	58.635.11
00-01-012-0178	378-0014993	5.705.551.31
00-01-011-0133	378-0001722	272.859.41

DEMANDA

Inconforme con la actuación administrativa, acudió la actora en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante la cual acusó de nulidad la liquidación practicada. Citó como disposiciones violadas los artículos 20, 30, 43 y 63 de la Constitución Nacional; Decreto Ley 1604 de 1966, artículo 1o.; Decreto 1394 de 1970 en su totalidad, especialmente en sus artículos 1, 3, 4, 5, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 43, 51, 52, 80 y 88; Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, artículo 3o.; Decreto1173 de 1980, especialmente en sus artículos 6 y 32; Resolución 4133 de mayo 18 de 1983 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, artículo 16; Resolución 1722 de marzo 15 de 1984 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, artículos 1o. y 2o.; Decreto 2503 de agosto 4 de 1986; Decretos Leyes 2400 de 1968 artículos 25 y 28 y 1950 de 1973, artículo 117, básicamente porque:

1. La Resolución 010731 de 1986 fue expedida por ciudadano que carecía del carácter de funcionario público y por ende no tenía competencia ni capacidad para hacerlo. Adujo que quien actuó en calidad de "Subdirector de Valorización" no tenía para la fecha de expedición de la Resolución 10731 tal condición, pues el 4 de agosto de 1986 mediante Decreto 2503 de 1986, fue suprimido el cargo de Subdirector de la Subdirección de Valorización de la Dirección de

Carreteras del Ministerio de Obras Públicas, y siendo así, quien dijo actuar como Subdirector, no tenía jurisdicción, competencias, ni funciones propias ni delegadas en la materia de contribución de valorización desde el 14 de agosto de 1986 –fecha de publicación del Decreto 2503 de 1986– por cuanto la supresión del empleo generó la cesación definitiva de estas funciones.

Estimó que la Resolución 10731 del 25 de noviembre de 1986, no fue notificada en debida forma, razón por la cual no ha empezado a regir.

2. Errores en el trámite administrativo incurridos en relación con los elementos integrantes del proceso tributario, puse el Ministerio de Obras Públicas no cumplió con los requisitos señalados en el Decreto 1394 de 1970, capítulos III, IV y V, para la determinación de la contribución de valorización, sin cuyo cumplimiento no podía expedirse el acto administrativo definitivo de liquidación.

3. El funcionario que actuó en calidad de Subdirector de Valorización no tenía competencia para expedir el acto administrativo mediante el cual se fijó la "zona de influencia" de la obra. Sustentó el cargo en que el señor EMIRO FLOREZ, manifestando obrar como Subdirector de Valorización y aduciendo facultades supuestamente otorgadas por la Resolución 1722 del 15 de marzo de 1984, en el artículo 2o. de la Resolución 10730 acusada, fijó la zona de influencia de la obra pública, ejerciendo unas funciones que no le correspondían, pues no fue delegado para tal aspecto.

4. Ausencia de prueba de la plusvalía. Afirmó que dentro del proceso tributario no se demostró que la obra de construcción y pavimentación de la segunda calzada de la vía Cali-Palmira hubiese causado plusvalía o mayor valor en la propiedad inmueble ubicada en la denominada "zona de influencia". Previa transcripción de los artículos 1o. del Decreto 1604 de 1966, 1o., 3o., 4o., 5o. y 36 del Decreto 1394 de 1970, de los cuales deduce que para sacar al cobro y distribuir la contribución de valorización, es indispensable que la obra produzca un beneficio a la propiedad inmueble, el cual debe ser probado por la entidad pública respectiva, demostración que no se efectuó y por tanto no podía distribuirse la contribución respectiva.

Encontrándose en trámite el respectivo proceso, la apoderada judicial de la demandante, en escrito radicado el 13 de junio de 1989, aportó al proceso la Resolución 3753 del 9 de mayo de 1989, expedida por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, mediante la cual "se convalidan todos los actos administrativos expedidos por el Subdirector de Valorización durante el lapso comprendido del 14 de agosto de 1986 al 15 de diciembre de 1986".

Acerca de su contenido, señaló que en la misma se acepta la falta de competencia del señor Emiro Flórez Hurtado para expedir la Resolución 10731

del 25 de noviembre de 1986, la cual estaba viciada de nulidad y se convalida, figura jurídica que opera cuando los actos administrativos están afectados de nulidad relativa, pero no como ocurre en este caso que el acto está viciado de nulidad absoluta. Pero que si se aceptara que es procedente la convalidación efectuada, el acto debió haberse notificado a los terceros.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 15 de marzo de 1994, profirió fallo de mérito estimatorio de las súplicas de la demanda, en el cual, en primer lugar acerca de las excepcionse propuestas por la apoderada judicial de la entidad demandada de "improcedencia del acto administrativo", "legalidad del acto administrativo" e "inexistencia del derecho a la exención", manifestó que como las mismas se refieren a la validez del acto impugnado, su estudio se hará implícitamente con el de cada uno de los cargos de fondo de la *litis*, salvo la denominada excepción de inexistencia del derecho de la exención, la cual no ha sido materia de controversia alguna.

Con apoyo en sentencia de esta Corporación de fecha 11 de febrero de 1994, expediente 4990, actor: Central Tumaco S.A., cuyas consideraciones adoptó, dio prosperidad a las pretensiones de la demanda, pues "la Sala comparte y acoge en su integridad las razones contenidas en el fallo precedente, relativas a la naturaleza particular de la Resolución 3753 carente por ello de la debida notificación y que no podía en consecuencia producir los pretendidos efectos convalidatorios. Tales consideraciones son igualmente válidas para declarar en el presente proceso la nulidad de la resolución acusada en sus efectos respecto de la actora "INVENSA S.A.".

Consecuencialmente, declaró la nulidad de la Resolución 10731 del 25 de noviembre de 1986, expedida por el Subdirector de Valorización del Ministerio de Obras Públicas y Transporte en lo relativo a la contribución de valorización de los predios de propiedad dela sociedad INVERSIONES VENECIA S.A., ordenó la cancelación del respectivo gravamen en la oficina de Instrumentos Públicos de Palmira y la devolución de los dineros que la contribuyente demuestre haber pagado por el citado concepto, ajustado en su valor conforme lo preceptúa el artículo 178 del C.C.A. Finalmente dispuso la consulta de la providencia, en el caso de que no fuere apelada.

De la sentencia discrepó el Magistrado Manuel Bernal Arévalo, quien fundamentó su salvamento de voto en las consideraciones expuestas en la sentencia del 21 de mayo de 1993, dictado por ese Tribunal, expediente 5976, actor: Sociedad Compañía Palmaseca Ltda., pues a su juicio era válida la figura de la convalidación utilizada en el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Presentó escrito de conclusión la apoderada de la actora, en el cual se mostró de acuerdo con la decisión del Tribunal, pues en verdad la Resolución 3753 del 9 de mayo

de 1988 no puede producir efectos convalidatorios sobre la Resolución 10731 de 1986. Señaló que la demanda fue presentada el 3 de marzo de 1989 y el Ministerio de Obras Públicas produjo la resolución de convalidación el 4 de mayo de 1989. Reiteró los cargos de la demanda sobre indebida notificación de la Resolución 10731 de 1986, de desconocimiento del procedimiento para la liquidación, distribución y cobro de la contribución de valorización señalado en el Decreto 1394 de 1970, así mismo del carácter de exentos de los predios gravados e insistió en que la obra no generó plusvalía en los predios incluidos en la zona de influencia y solicitó la confirmación de la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, considera la Sala que es de recibo la consulta de la sentencia, en los términos del artículo 184 del C.C.A., en cuanto impone a la entidad demandada la carga del reintegro de una cantidad dineraria junto con el correspondiente ajuste monetario, conforme al artículo 178 del C.C.A. (num. 3o. parte resolutiva).

Dentro de los cargos que se formulan en la demanda a los actos acusados. Resoluciones 10731 de 1986 y 6126 de 1988, se encuentra de la mayor entidad el relacionado con la incompetencia del funcionario que suscribe el primero de los nombrados y que al propio tiempo aparece notificándola, a través de un procedimiento igualmente cuestionado en la demanda.

Observa la Sala que efectivamente mediante el Decreto 2503 del 4 de agosto de 1986, vigente desde el 14 de agosto de 1986, fecha de su publicación en el Diario Oficial 37589, se suprimió el cargo de Subdirector de Valorización Diercción de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que para la época desempeñaba el funcionario EMIRO FLOREZ HURTADO, quien en tal calidad expidió la Resolución 10731 del 25 de noviembre de 1986, situación que evidencia que el acto acusado fue expedido por funcionario que había perdido la investidura y competencia para el efecto, razón por la cual no podía ejercer funciones correspondientes al cargo suprimido.

Conforme a los artículos 25 del Decreto 2400 de 1968 (modificado por el art. 1o. del Dcto. 3074/68), la cesación definitiva de funciones se produce "por supresión del empleo", y según el artículo 28 del mismo decreto "la supresión de un empleo coloca automáticamente en situación de retiro a la persona que lo desempeña", postulado que se reitera en el artículo 117 del Decreto 1950 de 1973, por lo que no puede entenderse que por el hecho de haber sido nombrado el mencionado funcionario en el cargo de Jefe de Oficina de la Subdirección de Valorización e incorporado mediante Decreto3594 vigente desde el 3 de diciembre de 1986, conservara para la fecha de expedición (25 nov./86) de la precitada Resolución 10731 atribución alguna del cargo

(que para la época no existía) de Subdirector de Valorización, o que hubiese adquirido competencia para ejercer funciones del nuevo cargo.

Situación que se evidencia aún más con la constancia expedida por la Jefe de la División de Personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte obrante a folio 296 Cdno. Ppal., conforme a la cual el señor EMIRO FLOREZ HURTADO, ejerció las funciones de Subdirector Código 2030 Grado 15 del 19 de septiembre de 1983 al 15 de diciembre de 1986 y la certificación expedida por la misma dependencia oficial, según la cual "en la hoja de vida del señor Emiro Flórez Hurtado, no se encontró documento o norma alguna de fecha 14 de agosto de 1986 al 2 de diciembre del mismo año que atribuyera funciones de empleado público a dicho señor" (fl. 320 Ibid.), de donde se concluye que valorado el hecho que como el referido cargo fue suprimido desde el 14 de agosto de 1986, el acto expedido el 25 de noviembre de 1986, está viciado de nulidad, conforme al artículo 84 del C.C.A., por haberse dictado por funcionario incompetente. Igualmente es prueba de lo anterior, el reconocimiento que la misma Administración efectuó a través de la Resolución 3753 del 9 de mayor de 1988, expedida por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, la cual tuvo por objeto "convalidar todos los actos administrativos expedidos por el Subdirector de Valorización durante el lapso comprendido el 14 de agosto de 1986 al 15 de diciembre de 1986".

Conforme lo anterior, corresponde a la Sala determinar la validez de la convalidación o saneamiento que pudiera atribuirse a la Resolución 3753 de 1988, en relación con la Resolución 10731 del 25 de noviembre de 1986. Para el efecto, estima la Sala pertinente reiterar lo expuesto en los juicios números 4990, actor: Central Tumaco S.A.; 5025, actor: Inversiones Venecia S.A. y 4956, actor: Compañía Palmaseca Ltda., en los cuales mediante sentencias del 24 de febrero de 1994, expresó:

> "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 estos se decidieron, adquieren firmeza y ejecutoriedad en grado tal que **por sí solos** permiten a la Administración exigir su cumplimiento aun 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 justificar la revocatoria directa, pero la circunstancia de que la Administración no pueda ejercer esta 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 (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 apra 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".

Por lo anteriormente expuesto, la Sala procederá a declarar la nulidad invocada y respecto a la Resolución 3753 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 su nulidad.

Se observa que no obstante haber sido demandada también la Resolución 6126 del 12 de julio de 1988 "por medio de la cual se modifica el artículo 3o. de la Resolución

10731 del 25 de noviembre de 1986", no hubo pronunciamiento del Tribunal sobre su legalidad, omisión que no fue objeto de reclamo por parte de la actora, para que el *a-quo* a través de sentencia complementaria adicionara el fallo, o de apelación, para que esta Corporación efectuara el respectivo pronunciamiento.

En atención a que el negocio vino en consulta, la Sala se abstiene de pronunciarse en torno a este punto.

De otra parte, precisa la Sala que en relación con el gravamen sobre los predios identificados como sigue:

Orden	Nombre Predio	Catastro	Area HCT	Contribución.
01880		001011151	3.0715	58.635.oo
01920	LA HERRADURA	001012178	194.7200	5.705.551.oo

Esta Corporación se pronunció en el proceso 5025, sentencia del 24 de febrero de 1994, en el que fue actora la ahora demandante, razón por la cual sobre la contribución, reintegro de dineros, etc., deberá estarse a lo resuelto en el precitado fallo, por consiguiente, la consulta que aquí se resuelve se contrae al predio distinguido catastralmente con el No. 00-01-011-0133, Matrícula Inmobiliaria No. 378-0001722, valor de la contribución $272.859,41.

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 consultada, la cual tiene efecto únicamente en relación con el predio distinguido catastralmente con el No. 00-01-011-0133, de propiedad de la actora INVERSIONES VENECIA S.A. "INVENSA" al cual se fijó una contribución de $272.859,41.

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* (salva el voto).

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, las providencias radicadas bajo los números 5025, 4956 y 4990 del 24 de febrero de 1994.

REVOCATORIA DIRECTA/JURISDICCION CONTENCIOSA/NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO/CONVALIDACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO–(Salvamento de Voto)

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. 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. Las anteriores precisiones 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 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.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Salvamento de Voto de la Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Referencia: Radicación No. 5518. Actor: Inversiones Venecia S.A. "Invensa S.A." Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate. Providencia de 24 de junio de 1994.

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria, procedo a precisar los motivos que originaron mi salvamento de voto a la providencia que antecede.

Ella se fundamenta en otras sentencias proferidas por la Sección (Expedientes 4990, 5025 y 4956) en las cuales se dijo:

"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".

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 ésta, solo 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 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 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 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.

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 cuál es el vicio de que se trata para precisar si puede suhsanarse 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 juridica diferente, por ejemplo cuando se hace un nombramiento en propiedad sin los requisitos previos de selección está viciado, pero puede convertirse en un nombramiento en interinidad, 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 mantienen y "ratifican" los efectos ya existentes y se legitiman para el futuro, ésto lo diferencia de **la aprobación** en la cual solo existe previamente un proyecto de acto que produce efectos una vez aprobado.

4. Es claro que la convalidación le 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, ésto 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 artículo 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 articulos 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 el 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 buscaba 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 saneara 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 opera la convalidación del acto administrativo demandado.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha ut supra.

ACTIVIDAD INDUSTRIAL/BASE GRAVABLE/ACTIVIDAD COMERCIAL/DOBLE TRIBUTACION/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Al revisar el expediente se encuentra que la actora posee una planta industrial en la ciudad de Valledupar, donde se fabrican productos alimenticios con destino a todo el mercado nacional. En consecuencia y conforme al art. 77 de la Ley 49 de 1990, el impuesto de industria y comercio por su actividad industrial debe ser cancelado en esta ciudad teniendo como base los ingresos brutos provenientes de su comercialización. En conclusión y sin que constituya un cambio de jurisprudencia de la Corporación sino la aplicación de la nueva regulación legal contenida en la Ley 49 de 1990, es necesario darle cumplimiento al art. 77 de dicha norma. No puede dejar de observarse la insuficiencia de la norma que reguló a partir de 1990 esta materia, porque si bien se solucionó el problema de la conformación de la base gravable para las actividades industriales en los municipios donde está ubicada la planta industrial, se dejó sin definición alguna el aspecto atinente a las ventas que el mismo industrial realice en municipios diferentes a aquel de la sede fabril y por lo tanto, podría presentarse el problema de un gravamen que se aplicaría sobre la misma base y con respecto a la misma actividad y operación económica, en el evento en que resultara válido el gravamen que impusieran los municipios diferentes al de la sede industrial por la venta de la producción, alegando que se trata del ejercicio de una actividad comercial.

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

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5474. Actor: Compañía Colombiana de Alimentos S.A. "Cicolac". C/Municipio de Valledupar. Apelación sentencia de 4 de marzo de 1994. Fallo.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 4 de marzo de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cesar declaró: la nulidad de la liquidación oficial del impuesto de industria y comercio y avisos No. 084 del 3 de mayo de 1993 y la nulidad de la Resolución del 20 de mayo de 1993, proferida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Valledupar; la nulidad de la Resolución 1577 del 28 de junio de 1993 proferida por el Alcalde Mayor de Valledupar; confirma el impuesto de industria y comercio y avisos, por el año 1992, liquidado por la contribuyente en su declaración privada, y, deniega las demás súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S.A. "Cicolac" instaura demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Valledupar, a fin de que se declarara la nulidad de la liquidación oficial del impuesto de industria y comercio y avisos No. 084 del 3 de mayo de 1993; de la resolución sin número de mayo 20 de 1993, resolvió el recurso de reposición proferido por la Secretaría de Hacienda de Valledupar, y la nulidad de la Resolución 1577 del 28 de junio de 1993 que resolvió el recurso de apelación, proferido por el Alcalde Mayor de Valledupar; y a manera de restablecimiento que se declare que no se practicó en legal forma la liquidación de impuesto de industria, comercio y avisos del Municipio de Valledupar por el año gravable de 1993; y, subsidiariamente que se declare que las actividades que realiza Cicolac en las ciudades de Bogotá, Medellín, Pereira, Barranquilla y Bucaramanga, consistentes en la venta de los productos fabricados por Cicolac, no deben integrar la base gravable para el cómputo de industria, comercio y avisos de Valledupar.

Expone los siguientes hechos:

– Cicolac posee una planta industrial en la ciudad de Valledupar, en donde fabrica productos alimenticios con destino a todo el mercado nacional. Comercializa una parte de su producción en el propio Municipio de Valledupar y la parte restante en las ciudades de Bogotá, Cali, Medellín, Pereira, Barranquilla y Bucaramanga a través de los establecimientos, agencias y oficinas que posee en estas ciudades.

Afirma que Cicolac durante 1992, declaró y pagó su impuesto de industria y comercio en Valledupar y en cada una de las ciudades donde tiene sus oficinas.

– La Secretaría de Hacienda de Valledupar, profirió el requerimiento No. 0194 de marzo 26 de 1993 en donde solicitó a la sociedad actora presentar los documentos que demostraron la veracidad de su declaración privada en lo relacionado con el monto total de los ingresos obtenidos durante el año de 1992.

– El 3 de mayo de 1993 la Secretaría de Hacienda de Valledupar expidió la liquidación oficial No. 084, mediante la cual determinó un mayor valor del impuesto de industria, comercio y avisos en la suma de $204.895.000 y le impuso una sanción por inexactitud por valor de $285.072.000.

– El día 13 de mayo de 1993 "Cicolac" interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación en contra de la liquidación oficial No. 084 de 1993, oponiéndose a todas y cada una de las modificaciones a su liquidación privada.

– El recurso de reposición fue decidido por la Secretaría de Hacienda de Valledupar mediante Resolución del 20 de mayo de 1993 y el recurso de apelación, fue decidido por el Alcalde Mayor de Valledupar mediante Resolución No. 1577 del 28 de junio de 1993, confirmando ambas la liquidación oficial No. 084 de 1993; e imponiendo un plazo perentorio para efectuar el pago de los mayores impuestos, sanciones e intereses so pena de hacerlos efectivos mediante jurisdicción coactiva.

FALLO DEL *A-QUO*

El Tribunal Administrativo del Cesar, anuló los actos demandados, confirmó la liquidación privada del impuesto de industria y comercio y avisos del contribuyente por el año 1992 y denegó las demás súplicas de la actora, por las siguientes razones:

Analiza el Tribunal las posibles situaciones que se pueden presentar en la aplicación del impuesto de industria, comercio y avisos, con relación a la actividad desarrollada por el contribuyente; fabricaciones, venta y comercialización de sus productos.

Concluye que hubo una errónea interpretación de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Valledupar, al incluir en la base gravable de la actividad industrial y comercial desarrollada en el Municipio de Valledupar, los ingresos obtenidos en otros municipios, ya que en cada uno de estos municipios donde comercializan su producción, es donde la sociedad debe cancelar el referido tributo, es decir, que hubo un error de interpretación del artículo 77 de la Ley 49 de 1990, razón por la cual deviene la nulidad de los actos acusados por este aspecto y en consecuencia se abstiene de hacer un análisis respecto a las otras normas consideradas infringidas.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial del Municipio de Valledupar, inconforme con la decisión del Tribunal, interpuso recurso de apelación con los siguientes argumentos:

1o.– De conformidad con el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, el impuesto de industria y comercio se debe cancelar para la actividad industrial en el municipio donde se tenga ubicada la fábrica o planta industrial.

Afirma que la doble tributación que se presume dada, si el industrial es gravado sobre los ingresos brutos que provengan de la comercialización de sus productos en el municipio de la sede fabril y que además tribute la comercialización de los mismos en distintos municipios, no se da en el caso que nos ocupa, puesto que el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, grava es la actividad que desarrolle el sujeto pasivo, de tal manera que si una persona desarrolla actividades de industria, esa actividad es la posible del gravamen; luego si esa persona comercializa entre municipios, debe ser gravado por esa otra actividad, cuya naturaleza jurídica y física es distinta de la primera, no existiendo razón valedera que permita descontar en el municipio de la sede fabril, lo que ha pagado a otros por el ejercicio de una actividad diferente.

Transcribe apartes de la ponencia sobre este tema de los anales del Congreso para reafirmar su argumento y aclarar cuál era el deseo del legislador al estatuir la norma citada.

2o.– Afirma que al actor incumbe la carga de la prueba y en este caso, este invoca que el artículo 47 del Acuerdo 29 de 1990, del Concejo Municipal de Valledupar, viola el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, no allegó al proceso copia de dicho acuerdo, existiendo la obligación de allegarlo al proceso, porque no podrá el juzgador entrar a decidir con base en disposiciones que no está obligado a conocer sino están plenamente probadas dentro de la oportunidad legal en el proceso y así lo han afirmado el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos.

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, no accediéndose a las súplicas de la demanda.

CONCEPTO FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso, dentro de la oportunidad legal, presenta su alegato.

Precisa que el artículo 195 del Código de Régimen Municipal, claramente expresa que el objeto del impuesto de industria y comercio es toda actividad comercial, industrial o de servicio que se ejerza en el territorio de un determinado municipio. Es indudable entonces que un municipio en particular no puede gravar, con el impuesto de industria y comercio, las actividades ejercidas en otros municipios ni exigir el pago de aquél.

Por consiguiente, estima la Procuraduría Delegada que la sentencia recurrida debe confirmarse.

CONSIDERACIONES

El punto fundamental que se debate en la demanda consiste en determinar si los ingresos obtenidos por la comercialización en otros municipios, deben ser gravados en

el municipio de Valledupar por la actividad industrial de la Compañía de Alimentos S.A. "Cicolac".

Para resolver se considera:

Analiza la Corporación que el impuesto de industria, comercio y avisos discutido, se refiere al generado en el año gravable de 1992, vigencia 1993; fecha para la cual ya estaba en vigencia la Ley 49 de 1990.

Al respecto el artículo 77 dispone:

> "Art. 77.- Impuesto de industria y comercio. Para pago de industria y comercio sobre las actividades industriales, el gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización".

La norma transcrita es muy clara al establecer que el impuesto para actividad industrial se pagará en el municipio de la sede fabril, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización.

Al revisar el expediente, encuentra la Corporación que la Compañía de Alimentos S.A. "Cicolac" posee una planta industrial en la ciudad de Valledupar, donde se fabrican productos alimenticios con destino a todo el mercado nacional. En consecuencia, y conforme al artículo 77 de la Ley 49 de 1990, el impuesto de industria y comercio, por su actividad industrial debe ser cancelado en esta ciudad teniendo como base los ingresos brutos provenientes de su comercialización. En este caso, según lo manifestado por el demandante y que obra en la declaración privada de dicha Compañía, obtuvo ingresos comerciales por valor de $58.153.529.000.

En conclusión, y sin que constituya un cambio de jurisprudencia de la Corporación, sino la aplicación de la nueva regulación legal contenida en la Ley 49 de 1990, es necesario darle cumplimiento al artículo 77 de dicha norma y por lo tanto, la Sala habrá de denegar las súplicas de la demanda y, confirmar los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria y comercio en Valledupar a la Compañía de Alimentos S.A. "Cicolac", previa revocación de la sentencia apelada.

No puede la Sala dejar de observar la insuficiencia de la norma que reguló a partir de 1990 esta materia, porque si bien, se solucionó el problema de la conformación de la base gravable para las actividades industriales en los municipios donde está ubicada la planta industrial, se dejó sin definición alguna el aspecto atinente a las ventas que el mismo industrial realice en municipios diferentes a aquel de la sede fabril y por lo tanto, podría presentarse el problema de un gravamen que se aplicaría sobre la misma base y con respecto a la misma actividad y operación económica, en el evento en que

resultara válido el gravamen que impusieran los municipios diferentes al de la sede industrial por la venta de la producción, alegando que se trata del ejercicio de una actividad comercial.

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:

Revócase la sentencia de marzo 4 de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar en el proceso No. 1706.

En consecuencia, deniéganse las súplicas de la demanda.

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.

PAGO EN EXCESO/DEVOLUCION/RETENCION EN LA FUENTE/IMPUESTO A CARGO/LIQUIDACION PRIVADA

Es evidente que si en determinado ejercicio la retención en la fuente es superior al impuesto a cargo, se configura un "pago en exceso" del impuesto a la renta en dicho año. Ahora si bien las normas sobre devoluciones de saldos a favor, vigentes al momento de presentarse la solicitud y las contempladas en el decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario) que enmarcan, definen y establecen los procedimientos para obtener las devoluciones, siempre se han referido a las "liquidadas en las declaraciones tributarias", no pueden llegar a interpretarse de una manera tan restrictiva, que lleve a concluir que en ellas hay implícita una prohibición: que si la retención que da lugar al impuesto pagado en exceso no se "consignó", en el formulario de la declaración tributaria se pierde el derecho a obtener su devolución. Las normas respectivas son meramente enunciativas de la posibilidad de obtener la devolución de los saldos créditos arrojados por las liquidaciones privadas de los impuestos liquidados en las declaraciones tributarias, pero ellas no consagran legalmente una prohibición de devolver impuestos que, retenidos en la fuente, excedieron el valor a pagar por el impuesto liquidado en un año fiscal. Pero es necesario definir que lo que sí es indispensable para obtener la devolución, es la existencia de una liquidación privada del impuesto, en la cual se haya efectuado la autotasación del impuesto a cargo por dicho año, a fin de tener ese punto de confrontación con las retenciones practicadas durante el ejercicio y llegar así a demostrar que sí se retuvo en exceso a título de impuesto de renta, con respecto a lo definitivamente liquidado al finalizar el ejercicio.

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

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5485. Actor: B.J. Services Company S.A. Antes Hughes Services S.A. C/La Nación. Apelación sentencia de 3 de febrero de 1994. Fallo.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 3 de febrero de 1994.

ANTECEDENTES

La Sociedad B.J. Services Company S.A. (antes Hughes Services S.A.) Nit. 860.010.985 mediante apoderado judicial instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración de Impuestos Nacionales, Grandes Contribuyentes de Bogotá, negó la devolución del exceso retenido en la fuente sobre el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1985.

Considera como violadas las siguientes disposiciones:

Artículos 29, 58, 83 y 84 Constitución Nacional.

Artículo 40, Ley 153 de 1987.

Artículos 45 y 46, Ley 9a. de 1983.

Artículo 31 del Decreto 2821 de 1974.

Decretos 331 de 1976 y 2579 de 1983.

Artículo 9o. Ley 38 de 1969.

Artículo 43 del Decreto 2503 de 1987.

Artículo 850 del Estatuto Tributario.

Artículo 2 del Decreto 231 de 1985.

Artículo 9o. Ley 84 de 1988.

Relata el libelista los siguientes hechos:

La Sociedad presentó su declaración de renta y complementarios de remesas por el año gravable de 1985, el día 1o. de julio de 1986, donde se liquidó un impuesto por $78.103.998 y, los pagos efectuados por la misma vigencia fueron por $88.525.456 de

los cuales $51.933.714 y $10.421.458 corresponden a las retenciones en la fuente que le fueron practicadas por concepto de renta y complementarios.

El 15 de enero de 1991, una vez vencido el término de ley para que la Administración practicara liquidación de revisión y acogiéndose al principio del enriquecimiento sin causa, la sociedad solicitó la devolución de $10.421.458, suma que considera canceló en exceso y que no fue incluida en su declaración tributaria.

La Administración negó tal petición mediante Resolución No. 000048 del 22 de enero de 1991, considerando el hecho de que el contribuyente no reflejó en su declaración tributaria de 1985, un valor superior a cero, además de que no hubiera corregido su declaración utilizando el procedimiento establecido en el artículo 43 del Decreto 2503 de 1987, y a que el Estatuto Tributario en el artículo 850 y el Decreto 2314 de 1989, estipulan que tienen derecho a solicitar tal devolución, los contribuyentes que tienen saldos a su favor en sus declaraciones.

La sociedad interpuso contra esta resolución los recursos de reposición y apelación, resueltos negativamente mediante las providencias VAE 48-008 de febrero 21 y 46-003 del 30 de marzo, ambas de 1992 respectivamente. Agotándose así, la vía gubernativa.

FALLO DEL *A-QUO*

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia de 4 de febrero de 1994, negó las súplicas de la demanda por las siguientes consideraciones:

La sociedad actora no probó ante la Administración ni ante el Tribunal el derecho a la devolución de la suma solicitada por la demandante que dio origen a los actos acusados, teniendo tal obligación y siendo indispensable tal demostración para obtener el derecho a la devolución.

Aclara que en relación a la alegada transgresión por parte de los actos acusados de las normas que rigen el impuesto de remesas (artículo 45 y 46, Ley 9a. de 1983 y 2579 de 1983) no se ha dado en el presente caso, por cuanto los argumentos de la Administración referidos a la sujeción de la sociedad actora a tal impuesto, no implican una determinación oficial del mismo.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la demandante, inconforme con la decisión del Tribunal *a-quo* interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia apelada y en consecuencia se declare la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento al derecho que se ordene a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá -

Grandes Contribuyentes, la restitución de la suma de $10.421.458 pagados en exceso por impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1985.

Además, que se ordene a la Administración el pago de los intereses de mora conforme al artículo 853 (sic) del Estatuto Tributario. Expone las siguientes razones:

Afirma el apoderado de la sociedad contribuyente, que la sentencia del Tribunal es incongruente porque de lo expresado en la Resolución No. 000048 del 22 de enero de 1991, y de lo afirmado por el Tribunal en relación al no haber reflejado el contribuyente en su declaración privada por el año 1985, saldo crédito alguno se ha debido concluir que prosperaban las pretensiones de la demanda.

Afirma en relación con lo dicho por el Tribunal de que la sociedad actora debe demostrar el exceso de pagos que solicita por razón de las retenciones que se efectuaron, que dicho pago en exceso no ha sido materia de controversia, pues la Administración no lo ha desconocido, razón por la cual no consideró importante anexar tales documentos, cuyos originales están en poder de la Administración y si bien las copias anexadas son simples y no constituyen plena prueba, sí son un principio de prueba sobre un hecho que no es motivo de controversia.

Aclara que le es imposible acreditar que no se causó el impuesto de remesas, ya que sólo le basta demostrar que en su declaración privada de 1985 se autoliquidó $78.103.998 de impuesto y que pagó sumas superiores a las que hubieran podido ser fijadas por la Administración mediante liquidación oficial o a las de su liquidación privada no modificada por una oficial, como en el presente caso, para tener derecho a la devolución de los pagos en exceso. También, que los valores retenidos en la fuente, lo son en calidad de anticipo del impuesto de renta y sus complementarios y con la excepción de lo dispuesto en el artículo 6o. del Estatuto Tributario, no constituyen por sí solos impuesto, como lo ha pretendido la Administración, tesis que ha sido acogida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La entidad demandada, al alegar de conclusión, se opone a las pretensiones de la apelante manifestando que ni en la declaración ni en los anexos, se evidencia el pago en exceso alegado por cuanto allí figura un saldo de $412.413, producto de la diferencia entre el impuesto $78.103.998, menos las retenciones $51.933.714 y el anticipo de 1985 $25.757.871, en donde figura tanto el impuesto de remesas como las retenciones por este concepto con la cifra (cero).

Por ello es que no existe prueba que pueda cambiar el proveído apelado, si la declaración es el reflejo de la contabilidad, con justicia nunca se arrimó prueba contable ni menos certificado de contador.

Además de que las pruebas aportadas no encajan dentro de las circunstancias a que se refiere el artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, pruebas en segunda instancia; solicita que el proveído sea mantenido, ratificando la legalidad de los actos administrativos.

CONCEPTO FISCAL

Representado en esta oportunidad por la doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación, al alegar de conclusión pide confirmar la sentencia apelada.

Concede razón al Tribunal en cuanto afirma que los datos suministrados por el contribuyente en su declaración de renta privada constituyen la primera fuente de información para la Administración, a partir de la cual y conforme a la ley, puede verificar en casos que, como el presente, impliquen devoluciones.

Manifiesta que es el contribuyente el obligado a informar en su declaración de renta, el manejo dado a las utilidades de que trata y no corresponde a la Administración practicar liquidación de revisión para tal efecto, por no ser ésta la que debe establecer cifras, pues cumple es una labor pasiva y de verificación en este caso.

Es, por lo tanto, a la actora a la que corresponde mostrar con claridad y probanza el fundamento de su derecho a la devolución.

En relación a la aplicación de las normas procesales contenidas en los Decretos 2503 de 1987 y 624 de 1989, son de observancia inmediata, conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1987.

CONSIDERACIONES

El problema planteado a esta Corporación consiste concretamente en determinar si B.J. SERVICES COMPANY S.A. (antes HUGHES SERVICES S.A.) tiene derecho o no a la devolución de los pagos en exceso en que incurrió en la cancelación del impuesto de renta y remesas por el año de 1985, correspondiente a las retenciones efectuadas en cuantía de $10.421.458 y que no fueran incluidas como tales en la declaración de renta de tal vigencia o si como lo afirma la Administración, incumplida por el contribuyente la formalidad de consignar el dato de la retención en la fuente en tal declaración, perdió el derecho a obtener su devolución.

Para resolver se considera:

La Sala en reiteradas providencias, entre ellas, la sentencia de 2 de abril de 1993, expediente No. 4613, Consejero Ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano, ha dicho:

"Como ha sido ya expuesto a lo largo del proceso, la retención en la fuente es un mecanismo a través del cual la Administración logra el recaudo inmediato de un porcentaje preestablecido que a título de impuesto se retiene, cuando se efectúen pagos considerados como ingreso tributario para el beneficiario del mismo. Sólo para el caso de los contribuyentes no declarantes y de los pagos por la ganancia ocasional por rifas, loterías y apuestas, se entiende que el valor del impuesto correspondiente al ingreso, es exactamente igual al que se le retuvo en la fuente. Para los demás, sólo en el momento de la finalización del ejercicio, cuando se consolide definitivamentetsu obligación fiscal, podrá establecerse el valor del impuesto a cargo, parte del cual ya fue retenido en la fuente. Se trata entonces de una especie de pago anticipado, pero no definitivo del posible impuesto a cargo."

"Quedando entonces suficientemente claro que la retención en la fuente es un pago de impuesto, sólo que efectuado a través de un mecanismo especial, podrá afirmarse que cuando la retención en la fuente es superior al impuesto definitivamente establecido en la liquidación privada, no se configura un pago en exceso? Para la Sala es evidente que si en determinado ejercicio la retención en la fuente es superior al impuesto a cargo, se configura un "pago en exceso" de impuesto a la renta en dicho año. No comparte así la Sala el argumento central de la defensa, que considera que el pago en exceso sólo podría configurarse con respecto al pago efectivamente realizado del impuesto "mas no así para las retenciones en la fuente practicadas, puesto que estas no corresponden a un pago en exceso sino a un impuesto anticipado practicado en el monto de su causación ..." (fl. 131 C.P., memorial de contestación de la demanda).

"En cuanto al requisito formal exigido por la Administración, de la necesidad de incluir el valor de las retenciones en la fuente en la declaración tributaria del ejercicio respectivo, como factor indispensable para configurar un saldo crédito y así lograr su devolución, la Sala efectúa las siguientes consideraciones:"

"Si bien las normas sobre devoluciones de saldos a favor, citadas por la Administración como fundamento legal de su rechazo, así como las pertinentes del Decreto 2503 de 1987, vigente al momento de presentarse la solicitud y las contempladas en el Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario) que enmarcan, definen y establecen los procedimientos para obtener las devoluciones, siempre se han referido a las "liquidadas en las declaraciones tributarias", no pueden llegar a interpretarse de una manera tan restrictiva, que lleve a concluir que en ellas hay implícita una prohibición: que si la retención que da lugar al impuesto pagado en exceso no se "consignó" en el formulario de la declaración tributaria, se pierde el derecho a obtener su devolución. Las normas señaladas son meramente enunciativas de la posibilidad de obtener la devolución de los saldos créditos arrojados por las liquidaciones privadas de los impuestos liquidados en

las declaraciones tributarias, pero ellas no consagran legalmente una prohibición de devolver impuestos que, retenidos en la fuente, excedieron el valor a pagar por el impuesto liquidado en un año fiscal."

"Pero es necesario definir que lo que sí es indispensable para obtener la devolución, es la existencia de una liquidación privada del impuesto, en la cual se haya efectuado la autotasación del impuesto a cargo por dicho año, a fin de tener ese punto de confrontación con las retenciones practicadas durante el ejercicio y llegar así a demostrar que sí se retuvo en exceso a título de impuesto de renta, con respecto a lo definitivamente liquidado al finalizar el ejercicio. Una cosa es que sea necesaria una liquidación privada del impuesto como presupuesto básico para demostrar el pago en exceso y otra que se exija la formalidad de la inclusión de las retenciones en la fuente en dicha liquidación privada, como un requisito fatal, cuya inobservancia acarrearía para el contribuyente la pérdida de su derecho a obtener la devolución del mayor valor pagado".

"..."

"Por lo demás comparte la Sala la apreciación del Tribunal de que negar una devolución de un pago por exceso de impuesto, por el incumplimiento de un requisito formal que no está consagrado como tal en la ley, constituye un enriquecimiento sin causa en favor del Tesoro Público y va en contra del principio del derecho tributario que informa que el Estado no pretende de los particulares sino aquello que realmente les corresponda frente a las cargas públicas de la Nación".

La Sala reitera en esta oportunidad la jurisprudencia transcrita y considera además que de acuerdo con el artículo 214, numeral 1o. y 3o., es pertinente admitir la mejora de las pruebas aportadas por la demandante en la primera instancia y en la vía gubernativa, dado que la Administración, poseedora de los originales de los documentos solicitados como pruebas, no los remitió en forma completa y que esta circunstancia no puede perjudicar al demandante quien demostró con las copias simples su deseo de dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal en primera instancia.

Estima entonces que están plenamente probadas en el expediente las retenciones efectuadas a la sociedad actora en la suma de $10.421.458. También, que el impuesto de remesas no se causó para la sociedad, puesto que esta aportó como pruebas a la Administración en la vía gubernativa (ver recurso de reposición folio 132) certificación del Revisor Fiscal y balance de la sociedad, y que la Administración en ninguna etapa procesal ha desvirtuado tal afirmación mediante liquidación de revisión; resultando de este análisis evidente para la Corporación la procedencia de la devolución de la suma solicitada, por tratarse de un pago en exceso, ya que también están probados en el expediente el impuesto liquidado en la suma de $78.103.998; pagos efectuados en la

misma vigencia $88.525.426; retenciones en la fuente por impuesto de renta $51.933.714 y retenciones por remesas $10.421.458.

De conformidad con los razonamientos anteriores, la Sala concluye que es pertinente la devolución solicitada por la sociedad actora y en consecuencia habrá de revocar la sentencia apelada.

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:

– Revócase la sentencia del 3 de febrero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso No. 8.947.

– Ordénase la devolución de la suma de $10.421.458, correspondiente a impuestos de remesas por el año de 1985, más los intereses corrientes de conformidad con el artículo 863 del Estatuto Tributario.

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.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial de la sentencia del 2 de abril de 1993. Exp. 4613, Consejero Ponente: Guillermo Chahín Lizcano.

SECCION QUINTA

PLEITO PENDIENTE–Inexistencia

Para que se dé la excepción de pleito pendiente es necesario que se cumplan ciertos requisitos como bien lo dice la agencia fiscal. El artículo 97 del C. de P. C., los señala en su décimo ordinal y consisten: a) que exista identidad de partes en los dos procesos donde se alega, y b) que éstos versen sobre el mismo asunto. Requiere entonces para su estructura que tanto las partes en uno y otro proceso sean idénticas por activa y por pasiva, y que la acción debatida en ambos sea la misma, para que así el fallo que se produzca en uno de ellos genere la excepción de cosa juzgada en el otro.

CONCEJO MUNICIPAL/*QUORUM* DECISORIO–Inexistencia/**MESA DIRECTIVA**–Elección/**NULIDAD ELECTORAL**

Conocida la elección del Concejo para 1992 - 1994, por mandato del artículo 70 del C. de R. M., las decisiones a adoptar en su seno, sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de sus integrantes, o sea la mitad más uno que en este caso corresponde a seis (6), mínimo determinable por defecto de acuerdo a jurisprudencia vigente de la Corporación. La antecitada norma dictada al amparo del artículo 82 de la derogada Constitución, en cuanto al *quórum* para decidir se refiere, conserva vigencia, porque de una parte, no se ha expedido norma legal que la derogue o modifique y de otra, en la actual Constitución –art. 145– se mantuvo dicho *quórum* en la misma proporción de la anterior.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 1096. Electoral Segunda Instancia. Actor: Marcelino Ñustes Campos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que despachó favorablemente las pretensiones del actor en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA.–

El ciudadano de la referencia obrando en su propio nombre, en escrito presentado en tiempo, demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima, la nulidad del acto mediante el cual el Concejo Municipal de Saldaña –mismo Departamento–, en sesión realizada el 1o. de febrero de 1993, eligió mesa directiva de dicha Corporación, recayendo la elección en los señores Reinaldo Barreto Montaña como Presidente, Alvaro Sánchez, primer vicepresidente y José de la Cruz Montaña Perdomo, segundo vicepresidente.

Además, solicitó compulsar copias a la Fiscalía y Procuraduría General de la Nación, para adelantar acciones penales y disciplinarias contra los miembros del Concejo.

Los hechos los narra así el actor:

1o. El Presidente del Concejo Municipal de Saldaña mediante Resolución No. 003 de noviembre de 1992 ordenó dar posesión al Señor FERNANDO ARIAS ORTIZ como Concejal en reemplazo del elegido y posesionado SANTIAGO DIAZ ARENAS, en un acto violatorio de la Constitución y la ley, ya que no se ha expedido el estatuto del Concejal y no se dan ninguna de las causales de Faltas Absolutas que trae el art. 73 del Código de Régimen Municipal, como son la muerte, la renuncia aceptada y la incapacidad legal o física permanente para desempeñar el cargo.

Se fundamenta la resolución en el hecho de que el Concejal SANTIAGO DIAZ, reside en localidad diferente a Saldaña. Esta causal fue inventada por el presidente, pues en la ley no existe.

2o. La Resolución No. 003 de noviembre de 1992, fue demandada por la señora MARIA FRANCISCA ALVAREZ DE LLANOS ante el Tribunal Administrativo del Tolima. Radicada bajo el No. 9798 Mag. Ponente FLORESMIRO HERNANDEZ.

El Tribunal Administrativo desidió (sic) decretar la Suspensión Provisional de la Resolución No. 003 de 1992, mediante la cual se ordenó posesionar como Concejal al señor FERNANDO ARIAS ORTIZ.

3o. Con la intervención del señor FERNANDO ARIAS ORTIZ como Concejal del Municipio en forma irregular como quedó dicho y lo aceptó el Honorable Tribunal Administrativo, el Concejo Municipal en su sesión del 1o. de febrero de 1993 aprobó la elección de nueva Mesa Directiva. El *quórum* que se hizo para lograr su aprobación por estar presente el señor FERNANDO ARIAS ORTIZ, resulta presuntamente ilegal, por lo que se espera del Tribunal Administrativo acepte tal pretención (sic).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.–

El acto acusado –según el demandante– es violatorio de los artículos 70 y 71 del Código de Régimen Municipal, que establecen el *quórum* deliberatorio y decisorio para los concejos. El de Saldaña está constituido por once (11) miembros y a la sesión del 1o. de febrero de 1993 sólo asistieron seis (6) personas, de las cuales, cinco (5) son concejales que llenan los requisitos y el otro, Fernando Arias Ortiz con el que se hizo el sexto (6) para adoptar la decisión, no los reúne.

CONTESTACION DE LA DEMANDA.–

Obrando como apoderado del demandado Reinaldo Barreto y en su propio nombre, en escrito que obra a folios 61 y s.s., el abogado José de la Cruz Montaña Perdomo, hizo pronunciamiento expreso sobre los hechos de la demanda, oponiéndose a las pretensiones porque según estima, no se establece con claridad el demandado o demandados y además, en su criterio, "las reuniones de las Corporaciones Públicas, no son actos administrativos que puedan demandarse ante la Jurisdicción Contencioso".

Propone como excepción de fondo la de "Falta de Causa en las pretensiones", que la hace consistir en que el derecho base de la pretensión pudo haber existido pero se extinguió porque el 31 de mayo –se entiende el siguiente al de la elección impugnada– se eligió nueva mesa directiva.

En escrito aparte (fl. 66) propuso la excepción previa de pleito pendiente, fundándola en el hecho de que la presente acción esta subordinada a la sentencia definitiva en el proceso de simple nulidad adelantado contra la Resolución 003 de noviembre de 1992 "que en este momento tiene suspensión provisional".

LA SENTENCIA RECURRIDA.–

El *a-quo* al resolver las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad del acto de elección impugnado (fl 99 y s.s.) al considerar acreditados en el proceso los siguientes hechos:

Que en la sesión realizada el 1o. de febrero de 1993 por el Concejo Municipal de Saldaña, contestaron lista los concejales José David Andrade Guzmán, Héctor Javier Mahecha Cifuentes, Alvaro Sánchez, Reynaldo Barreto Montaña, José de la Cruz Montaña Perdomo y Fernando Arias Ortiz.

Que de acuerdo a la certificación expedida por el Registrador del Estado Civil en oficio No. 194 de octubre 12 de 1993, la prenombrada Corporación está integrada por once (11) miembros, seis de los cuales eligieron la mesa directiva cuestionada.

Con fundamento en los artículos 145, 148 de la C.N., y 70 del C. de R. M., deduce el Tribunal, que evidentemente la actuación realizada el 1o. de febrero de 1993 por el Concejo Municipal de Saldaña en relación con la elección de mesa directiva, estuvo viciada de inconstitucionalidad "porque si esa Corporación local está compuesta por once miembros, las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría, en este caso con un mínimo de seis miembros tal como lo señala el artículo 70 inicialmente mencionado y si bien seis personas estuvieron presentes y tomaron las decisiones contenidas en el Acta, una de ellas, Fernando Arias Ortiz no estaba legitimado para intervenir ni menos para votar una determinación por no tener la calidad de concejal".

Agrega, que sólo a falta de vacancia transitoria o absoluta podía intervenir la persona que siguiera en la respectiva lista y que conforme al artículo 73 del C. de R. M., una de las vacancias absolutas es la renuncia aceptada, lo que no ha ocurrido en el *sub-lite* donde si bien el concejal Santiago Díaz Arenas presentó renuncia, esta no fue tramitada por el Alcalde por los motivos que expuso en providencia del 3 de septiembre de 1993, y ante esta circunstancia no podía el presidente del Concejo llamar a quien debía reemplazarlo puesto que no se había producido la vacancia.

Sobre la excepción de pleito pendiente propuesta por los demandados Montaña Perdomo y Barreto Montaña, el Tribunal para desecharla aduce que la Resolución No. 03 de noviembre de 1992 no obra como prueba en el proceso y además por ser el comportamiento del Presidente del Concejo manifiestamente ilegal, no puede dársele relevancia para que el señor Arias Ortiz asuma funciones públicas cuando hay de por medio una norma superior que está siendo desobedecida.

En cuanto a la excepción de falta de causa alegada por los mismos demandados, también desechada, considera que no se presenta la situación planteada "toda vez que no se averigua por el desempeño que hayan tenido esos dignatarios –se refiere a los elegidos– sino el acto de elección que pudo haber creado algunas situaciones que pueden verse comprometidas con la ilegalidad de esa elección. No puede pues hablarse de una sustracción de materia o de una extinción de los efectos del acto administrativo".

LA APELACION.-

A folios 105 y s.s., obra memorial de apelación presentado en término por el apoderado de Reinaldo Barreto Montaña, en el cual precisa su inconformidad con la sentencia pero únicamente en cuanto a la no prosperidad de la excepción de pleito pendiente, reiterando sobre el punto que por encontrarse la sentencia que declaró la nulidad de la Resolución 003 de noviembre 30 de 1992, mediante la cual se ordenó dar posesión como concejal a Fernando Arias Ortiz, afectada con el recurso de apelación, hasta tanto éste no se resuelva, lo accesorio no podrá resolverse en forma definitiva.

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA DELEGADA.-

Manifiesta la colaboradora de la Procuraduría que de acuerdo a lo probado, la elección de la mesa directiva del Municipio de Saldaña se produjo con el voto de seis concejales, entre ellos, el del señor Fernando Arias Ortiz, "quien no estaba legitimado para intervenir en ella, como quiera que no se había dado la vacancia absoluta del cargo del concejal Santiago Díaz Arenas a quien reemplazó (hecho que no se acreditó en este proceso), que sería el único motivo que legitimaría su participación en el Concejo (artículo 261 de la Constitución Nacional y 73 del Código de Régimen Municipal)".

Encuentra la Delegada que el Tribunal tuvo razón al considerar de no recibo la excepción de pleito pendiente porque según estima no se dan los requisitos que exige la ley de procedimiento para que se configure, ya que en este proceso no se ha planteado la pretensión de la declaratoria de la nulidad de la Resolución No. 003 de 1992, sino la introducida con la demanda.

Y respecto a la excepción de falta de causa es del criterio de que en casos como el presente, debe proferirse decisión de fondo que resuelva la demanda en defensa de la legalidad de los actos de la Administración. Cita al respecto jurisprudencia de la Corporación solicitando finalmente confirmación de la sentencia recurrida.

No se observan vicios de nulidad que invaliden la actuación, siendo procedente dictar proveído de fondo.

CONSIDERACIONES

En esta oportunidad el asunto que ocupa la atención de la Sala, consiste en determinar dentro de la perspectiva del derecho invocado por el actor, si en la elección de la mesa directiva del Concejo Municipal de Saldaña, Tolima, realizada el 1o. de febrero de 1993, el acto que la produjo contenido en el acta No. 001 de la misma fecha, en realidad quedó afectado de nulidad como se afirma, por las circunstancias fácticas que se describen en la demanda.

Según este escrito, mediante la Resolución No. 003 del 30 de noviembre de 1992 el Presidente del Concejo de la antecitada localidad, ordenó dar posesión como concejal al señor Fernando Arias Ortiz en reemplazo del elegido y posesionado Santiago Díaz Arenas, sin que se diera ninguna de las faltas absolutas previstas en el artículo 173 del Código de Régimen Municipal.

Con la intervención de este ciudadano, la Corporación mencionada en sesión del 1o. de febrero de 1993 aprobó la elección de su mesa directiva que quedó conformada por Reinaldo Barreto Montaña, Alvaro Sánchez y José de la Cruz Montaña Perdomo, en su orden, Presidente, primer Vicepresidente y segundo Vicepresidente.

Es decir, que en el *quórum* decisorio para esa elección, participó el señor Arias Ortiz sin estar legalmente habilitado como concejal, circunstancia que considera el actor violatoria de los artículos 70 y 71 del C. R. M.

Dos de los demandados, los que se vincularon al proceso, propusieron pretendiendo enervar la acción, en primer término excepción de pleito pendiente y para resolver en la sentencia, la de falta de causa en las pretensiones.

Respecto a la primera por tratarse de una excepción previa no es aducible en los procesos electorales, así se desprende de lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A., que sólo autoriza la proposición de las de fondo. Sin embargo, cuando se alega alguna circunstancia constitutiva de aquellas excepciones, la Sala la examina como una simple irregularidad.

En el *sub-lite* la fundamentan sus proponentes aduciendo "que la anterior acciión (sic) está subordinada a la declaratoria sentencia definitiva (sic) en el proceso de Simple Nulidad promovida igualmente contra el Municipio y contra la Resolución 003 de noviembre de 1992, mediante la cual se posesiona a un concejal, que en este momento tiene suspensión provisional".

La excepción fue desechada por el *a-quo,* convirtiéndose este aspecto en el motivo de apelación de la sentencia, con el argumento adicional de que estando pendiente de resolver la acción de simple nulidad contra la Resolución 003 de 1992 cuyo fallo fue apelado, no podría resolverse en forma definitiva la acción electoral de que trata este proceso, porque en entendimiento del recurrente (fls. 105 y 106) aquélla constituye la principal y ésta lo accesorio.

Los planteamientos en sentir de la Sala son equivocados si sobre ellos se pretende estructurar la excepción de pleito pendiente; bajo esos supuestos encaja más bien la figura de la prejudicialidad regulada a partir del artículo 171 del C. de P. C., que en materia electoral no encuentra campo de aplicación, dada la naturaleza misma de este proceso y los principios que lo rigen.

Para que se dé la excepción de pleito pendiente es necesario que se cumplan ciertos requisitos como bien lo dice la agencia fiscal. El artículo 97 del C. de P. C., los señala en su décimo ordinal y consisten: a) que exista identidad de partes en los dos procesos donde se alega, y b) que éstos versen sobre el mismo asunto.

Requiere entonces para su estructura que tanto las partes en uno y otro proceso sean idénticas por activa y por pasiva, y que la acción debatida en ambos sea la misma, para que así el fallo que se produzca en uno de ellos genere la excepción de cosa juzgada en el otro.

En el caso a estudio no se cumplen los anteriores presupuestos, porque en la acción de simple nulidad de la Resolución No. 003 de 1992, obra como demandante la señora María Francisca Alvarez Llanos, según consta en el hecho 2 de la demanda (fl. 8) y en la electoral que ahora se revisa aparece como actor el señor Marcelino Ñustes Campos.

En cuanto al asunto debatido, es diferente en esos dos procesos, pues mientras el primero trata de la nulidad de una resolución, el segundo versa sobre la nulidad de un acto de elección. Es decir, son dos asuntos distintos por su contenido y finalidad.

No se da pues la pretensa excepción previa de pleito pendiente propuesta por los citados demandados.

Respecto a la excepción de "FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES" fundamentada en el hecho de que el derecho base de la pretensión se extinguió, en razón de haberse reemplazado la Mesa Directiva cuyo acto de elección es el impugnado, la Sala encuentra acertado lo dicho por el Tribunal en el sentido de que en el presente caso, no puede hablarse de sustracción de materia o extinción de los efectos del acto, porque estando de por medio el interés del orden jurídico que se dice quebrantado, debe proferirse decisión de fondo.

Se dijo *ab-initio* de estas consideraciones, que el asunto debatido apunta a establecer, si dada la forma como se integró el *quórum* decisorio en la sesión que realizó el Concejo Municipal de Saldaña, el 1o. de febrero de 1993 para elegir su Junta Directiva, el acto mediante el cual se produjo la elección quedó o no revestido de legalidad.

Consta de autos que la antecitada Corporación está integrada por once (11) miembros; en este sentido es claro el documento público suscrito por el Registrador del Estado Civil de Saldaña visible a folio 1 del Cdno. No. 3 que no fue impugnado en el proceso, en el cual el servidor público informa que el citado municipio eligió tal número de concejales en las elecciones efectuadas el 8 de marzo de 1992, relacionándolos en el mismo texto.

Ahora bien, conocida la integración del Concejo para el período 1992 - 1994, por mandato del artículo 70 del C. de R.M., las decisiones a adoptar en su seno, sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de sus integrantes, o sea la mitad más uno que en este caso corresponde a seis (6), mínimo determinable por defecto de acuerdo a jurisprudencia vigente de la Corporación.

La antecitada norma dictada al amparo del artículo 82 de la derogada Constitución, en cuanto al *quórum* para decidir se refiere, conserva vigencia, porque de una parte, no se ha expedido norma legal que la derogue o modifique y de otra, en la actual Constitución –artículo 145– se mantuvo dicho *quórum* en la misma proporción de la anterior.

Así las cosas, siendo claro que el *quórum* decisorio del Concejo Municipal de Saldaña, en el período que culmina el 31 de diciembre de 1994, se constituye con la asistencia de seis (6) de sus miembros, corresponde establecer si el que se formó en la sesión del 1o. de febrero de 1993, para elegir mesa directiva de esa Corporación edilicia se integró dentro del marco legal, dado que en él participó el ciudadano Fernando Arias Ortiz, de quien afirma el actor no tenía la calidad de concejal.

Está demostrado en el plenario que en las elecciones del 8 de marzo de 1992, el ciudadano Arias Ortiz no fue elegido concejal de Saldaña, pues su nombre no aparece en la lista enviada por el Registrador del Estado Civil.

No existe prueba en el proceso de que durante el período transcurrido desde el acto de elección hasta la presentación de la demanda, respecto a alguno de tales concejales, se haya presentado vacancia absoluta por cualquiera de las hipótesis contempladas en el artículo 73 del C. de R. M.

Tampoco está acreditado cuál es el antecedente o fundamento sobre cuya base el señor Arias Ortiz hizo parte del *quórum* decisorio. Se habla en la demanda que su soporte es la Resolución No. 003 de 1992 expedida por el Presidente del Concejo, ordenando darle a aquél posesión como concejal en reemplazo de Santiago Díaz Arenas, pero como bien lo dice el Tribunal ese acto administrativo no fue allegado al proceso con miras a sustentar la legalidad de esa participación.

En síntesis, no existe en el proceso elemento de juicio alguno que permita, al menos, examinar la validez de la actuación como concejal del señor Fernando Arias Ortiz; la única prueba traída a los autos consiste en el escrito de renuncia como concejal del señor Santiago Díaz Arenas (fl. 13 Cdno. 2), fechada el 28 de julio de 1993 o sea con posterioridad a la fecha del acto de elección demandado, que ni siquiera fue considerado por el Alcalde de Saldaña por adolecer de requisitos en su presentación.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir, que el demandado no poseía al momento de expedirse el acto acusado, la investidura de concejal, por tal razón, su participación en la integración del *quórum* decisorio no podía contar desde el punto de vista legal, lo que conduce a afirmar que a la sesión del 1o. de febrero de 1993 a fin de decidir sobre la elección de Junta Directiva no asistieron sino cinco (5) de los once (11) miembros que integran el Concejo de Saldaña, y al producirse con aquel número de concejales la elección, el acto quedó afectado de nulidad por violación de los artículos 70 en su inciso 2o. y 71 del C. de R. M.

Como el criterio que expone la Sala, se identifica con el del *a-quo* y la colaboradora del Ministerio Público, la sentencia será confirmada, no sin antes anotar respecto a la tercera petición de la demanda, que el actor bien puede promover las acciones que corresponda si considera que la conducta asumida por los concejales en la elección de la Junta Directiva es violatoria de normas penales o disciplinarias.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

En firme este proveído, **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* (Ausente), *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA/ACTO ELECTORAL–Inexistencia/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

La competencia de los negocios de que consta la Sala de lo Contencioso Administrativo por medio de su Sección Quinta está circunscrita a los de simple nulidad contra actos de contenido electoral, a los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos, al recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de carácter electoral dictada en única instancia por los Tribunales Administrativos, y a los recursos, incidentes y demás aspectos referentes a procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, según está dispuesto en el Acuerdo No. 039 de 14 de noviembre de 1990. Como el verdadero propósito de la demanda no es otro que el de obtener, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la invalidez del acto en cuanto suspendió en el ejercicio del cargo al Alcalde electo, lo cual, de conformidad con las previsiones del mencionado Acuerdo 039 de 1990 del Consejo de Estado escapa a la competencia de esta Sección Quinta, pues la suspensión de un funcionario público por causales contenidas expresamente en la ley no constituye, ni por su naturaleza ni por su finalidad, acto electoral alguno que conduzca a otorgar competencia a esta Sección para avocar su conocimiento.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 1100. Actor: Felipe Bula Gutiérrez.

Mediante auto de fecha 4 de marzo de 1994, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado remitió el proceso de la referencia a esta Sección Quinta por estimar que es la competente para asumir su conocimiento de conformidad con el Acuerdo No. 039 de 1990, por cuanto de una parte, el acto que se impugna suspende en el cargo a un Alcalde popularmente elegido y por otra parte, designa su reemplazo.

No comparte esta Sección Quinta tal apreciación por las siguientes razones:

La competencia de los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo por medio de su Sección Quinta está circunscrita a los de simple nulidad contra actos de contenido electoral, a los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos, al recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de carácter electoral dictadas en única instancia por los Tribunales Administrativos, y a los recursos, incidentes y demás aspectos referentes a procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, según está dispuesto en el Acuerdo No. 039 de 14 de noviembre de 1990.

En el presente caso, el doctor Felipe Bula Gutiérrez, Alcalde Municipal de Montelíbano, Córdoba, presentó demanda por conducto de apoderado con base en poder otorgado específicamente para formular "... Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Acto Administrativo No. 000660, de fecha julio 9 de 1993 expedido por el Gobernador del Departamento de Córdoba..." (fl.10), por medio del cual le impuso una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo en razón a que pesa en su contra medida de aseguramiento.

El actor, amén de señalar que la sanción de suspensión es irregular, injusta, ilegal y arbitraria expresa que, el acto administrativo que la contiene no le fue legalmente notificado, cercenándole su derecho de defensa y causándole perjuicios económicos al dejar de percibir el salario como Alcalde de la citada municipalidad mientras dura la sanción de suspensión indefinida.

En tanto que la circunstancia de que en el mismo acto acusado se haya nombrado en calidad de encargado como Alcalde del Municipio de Montelíbano al señor Edinson Tejada de la Ossa, no es objeto de cuestionamiento en la demanda, pues sólo se hace alusión a este hecho en forma tangencial.

Con las explicaciones anotadas, queda claro, que el verdadero propósito de la demanda no es otro que el de obtener, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la invalidez del acto en cuanto suspendió en el ejercicio del cargo al Alcalde electo del Municipio de Montelíbano doctor Felipe Bula Gutiérrez, lo cual, de conformidad con las previsiones del mencionado Acuerdo No. 039 de 1990 del Consejo de Estado escapa a la competencia de esta Sección Quinta, pues la sus-

pensión de un funcionario público por causales contenidas expresamente en la ley no constituye, ni por su naturaleza ni por su finalidad, acto electoral alguno que conduzca a otorgar competencia a esta Sección para avocar su conocimiento.

En consecuencia, se abstendrá la Sala de avocar el conocimiento del negocio ordenando el envío de las presentes diligencias a la Sala Plena de esta Corporación para que resuelva a cuál Sección corresponde el conocimiento del presente asunto.

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

RESUELVE:

Abstenerse de avocar el conocimiento del presente asunto por las razones anotadas.

Enviar el expediente a la Sala Plena de esta Corporación para que determine a cuál Sección compete su conocimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El anterior proveído fue discutido y aprobado por la Sala en 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.

JURISDICCION COACTIVA/SUSPENSION DEL PROCESO–Término

El art. 172 del C. de P.C. es suficientemente claro respecto al tiempo que pueda durar en suspenso un proceso, que bajo ninguna circunstancia puede ser superior a tres años contados desde cuando se decretó. En esta forma, la ley ofrece la oportunidad de que se profiera en un plazo más o menos razonable la decisión que estima prejudicial, pero igualmente en previsión de que la entidad de la suspensión se convierta en un medio dilatorio que impida culminar el proceso mediante sentencia, no permite su paralización por un término mayor. Por manera, que si en el otro juicio que dio origen a la suspensión del proceso no se produce en el lapso indicado la sentencia definitiva ejecutoriada, es deber del juez, sea oficiosamente o a petición de parte, ordenar mediante proveído su reanudación.

REANUDACION DEL PROCESO/NOTIFICACION POR ESTADO/TELEGRAMA

El auto que decrete la reanudación del proceso "... se notificará por estado y mediante telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales", o sea que la notificación en el presente caso se hizo por el medio que la ley considere idóneo cuando de autos de esta naturaleza se trata y por tanto no puede existir irregularidad alguna.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0314. Actor: Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) C/Alfavisión Ltda. Mario Franco Ruiz y Alberto Dangond Uribe.

Decide la Sala los recursos de apelación, interpuestos en oportunidad y forma legal por el doctor Alberto Dangond Uribe y por el apoderado de la compañía Aseguradora Colseguros S.A., contra el auto calendado a 21 de febrero del año en curso proferido por el Instituto Nacional de Radio y Televisión –Inravisión, Oficina Jurídica– Jurisdicción Coactiva, mediante el cual resolvió no declarar la nulidad solicitada.

ANTECEDENTES

Dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva adelantado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales en contra del Consorcio Alberto Dangond Uribe, Alfavisión Limitada y Mario Franco Ruiz, en el cual mediante auto de fecha septiembre 10 de 1986 libró mandamiento de pago (fls. 195 a 198 cuaderno 1) que luego hizo extensivo en contra de la Compañía Aseguradora Colseguros S.A. por auto proferido el 4 de mayo de 1987 (fls. 268 a 270 cuaderno 1), el Despacho ejecutor en proveído de 18 de abril de 1989 visible al folio 414 del cuaderno 1, decretó por motivos de prejudicialidad la suspensión del presente proceso, hasta cuando la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profiera fallo en el juicio que ahí cursa relacionado con la demanda de nulidad de las resoluciones administrativas que en el *sub-lite* integran el título ejecutivo junto con otros documentos.

El Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, Oficina Jurídica, Jurisdicción Coactiva, avocó el conocimiento del presente asunto (fl. 422 cuaderno 1) y dispuso la reanudación del proceso en auto de agosto 19 de 1993 (fls. 432 y 433 cuaderno 1).

El doctor Alberto Dangond Uribe en memorial visible de folios 1 a 5 del cuaderno 2, propuso incidente de nulidad a partir del precitado auto con base en el evento contemplado en el numeral 5o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, cuando el proceso se adelante después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si se reanuda antes de la debida oportunidad, alegando que no se han dado los requisitos del artículo 172 *ibídem* para levantar la suspensión del proceso, pues no existe sentencia ejecutoriada en el asunto prejudicial dado que el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que fue apelado, no está en firme.

Por su parte, la Aseguradora Colseguros S.A. coadyuvó la petición del Doctor Dangond Uribe y además agregó que el auto que decretó la reanudación del proceso no fue notificado personalmente a las partes y sus apoderados (fl. 190 cuaderno 2).

En proveído de fecha 21 de febrero de 1994 Inravisión rechazó la nulidad propuesta pues consideró que no hubo indebida reanudación del proceso, ya que cuando ello se dispuso el 19 de agosto de 1993, había transcurrido el término máximo de tres años de suspensión que fija el artículo 172 del C. de P.C. sin que se hubiera allegado la copia de la sentencia definitiva ejecutoriada dictada en el juicio que originó tal medida.

Y en lo tocante con el argumento de que dicha decisión no fue notificada a las partes y sus apoderados, señaló Inravisión que el auto mediante el cual se ordenó reanudar el presente proceso se notificó por estado y mediante telegramas enviados a las partes, tal como así lo ordena el citado artículo 172 del C. de P.C.

Contra lo anteriormente decidido el Doctor Alberto Dangond Uribe interpuso recurso de apelación reiterando que según lo dispuesto por la ley, este proceso "... no puede reanudarse sino cuando se produzca sentencia definitiva, que quede en firme, en el proceso pre-judicial (sic) que cursa ahora en la Sección Tercera del Consejo de Estado, en donde acaba de ser admitido el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 3 de diciembre de 1992, cuyo texto obra en el expediente". (fls. 201 y 202 cuaderno 2).

Alega también que no se hicieron en debida forma las notificaciones de la providencia de Inravisión que ordenó la reanudación del proceso lo cual significa, que se le están negando sus legítimos derechos de defensa y debido proceso.

En el término del traslado presentó nuevo escrito reafirmando sus argumentos. Solicitó decreto de las pruebas que relacionó.

El apoderado de la Compañía Aseguradora Colseguros S.A. también interpuso recurso de apelación contra el proveído de 21 de febrero de 1994 solicitando se revoque y en su lugar se declare la nulidad impetrada. Argumenta al respecto que las resoluciones de Inravisión que sirven de recaudo en el *sub-lite,* en particular en lo que se pretende ejecutar en contra de su representada, fueron objeto de sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca que dejó sin efecto el punto que hacía efectiva la cláusula penal que se pretende cobrar a su poderdante, por lo que en el momento actual la entidad ejecutora carece de título contra la Aseguradora Colseguros S.A. y el mandamiento de pago en su contra no se encuentra ejecutoriado ni presta mérito ejecutivo, lo cual constituye violación al artículo 68 del C.C.A..

Anota también que el proveído dictado por Inravisión ordenando reanudar el proceso, no fue notificado personalmente a todos los demandados y a sus apoderados como dispone la ley.

Solicitó se decreten y practiquen algunas pruebas.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

Uno de los razonados argumentos aducidos por Inravisión en el auto impugnado para negar la nulidad propuesta fue el de que el término máximo de suspensión del proceso es de tres años, lo cual encuentra pleno respaldo en la ley.

En efecto, el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa lo siguiente:

> "Reanudación del proceso. La suspensión del proceso por prejudicialidad durará hasta que el juez decrete su reanudación, para lo cual deberá presentarse copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen; con todo, si dicha prueba no se aduce dentro de los tres años siguientes a la fecha en que empezó la suspensión, el juez de oficio o a petición de parte decretará la reanudación del proceso, por auto que se notificará por estado y mediante telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales".

La norma pretranscrita es suficientemente clara respecto al tiempo que puede durar en suspenso un proceso, que bajo ninguna circunstancia puede ser superior a tres años contados desde cuando se decretó. En esta forma, la ley ofrece la oportunidad de que se profiera en un plazo más o menos razonable la decisión que estima prejudicial, pero igualmente en previsión de que la entidad de la suspensión se convierta en un medio dilatorio que impida culminar el proceso mediante sentencia, no permite su paralización por un término mayor. Por manera, que si en el otro juicio que dio origen a la suspensión del proceso no se produce en el lapso indicado la sentencia definitiva ejecutoriada, es deber del juez, sea oficiosamente o a petición de parte, ordenar mediante proveído su reanudación.

En el *sub-lite* está comprobado que por auto de fecha 18 de abril de 1989, visible de folios 412 a 414 del cuaderno 1, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales determinó decretar la suspensión del proceso y en providencia de 19 de agosto de 1993 (fls. 432 y 433 cuaderno 1) ordenó la reanudación del mismo, dado que no se allegó al expediente copia de la providencia ejecutoriada que hubiera puesto fin al proceso que originó la suspensión.

Por tanto, siendo evidente que entre ambas fechas transcurrieron más de tres años sin que la prueba requerida fuera presentada, la actuación a seguir era de acuerdo con el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil, la de la reanudación del pro-

ceso, estuviera o no en firme la sentencia definitiva proferida en el proceso contencioso administrativo.

En este orden de ideas y en consideración a que lo primordial es el cumplimiento de la ley tal como ella fue concebida para ser acatada por el juzgador cumpliendo su específica finalidad no son de recibo las interpretaciones de los apelantes en el sentido de que la suspensión perdura hasta cuando se produzca la sentencia definitiva en el proceso que se estima prejudicial, simple y llanamente porque el legislador no lo ha previsto así, sino que ha limitado la suspensión a un término máximo de duración de tres años. Por consiguiente, los recursos no están llamados a prosperar en lo que a esta materia concierne, pues la actuación de Inravisión al ordenar la reanudación del presente proceso se ajustó a la letra y al espíritu de la ley, razón por la cual no puede configurarse la supuesta nulidad alegada con fundamento en la causal 5a. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Aducen los impugnantes, además, que el auto del 19 de agosto de 1993 que resolvió decretar la reanudación del proceso no fue notificado en legal forma.

El despacho ejecutor en el proveído impugnado explica que la notificación se surtió por estado y mediante telegramas dirigidos a los demandados a las direcciones suministradas para recibir notificaciorles personales, conforme lo ordena el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior encuentra comprobación en el expediente, ya que la providencia de 19 de agosto de 1993 fue realmente notificada por el estado número 4 de 23 de agosto de 1993 cuyo sello y firma del Secretario de la Oficina Jurídica - Cobro Coactivo de Inravisión aparece en el original del auto mencionado (fl. 433 cuaderno 1).

También obran las copias auténticas de los telegramas fechados a 24 de agosto de 1993 dirigidos al curador *ad-litem* de Mario Franco Ruiz y Alfavisión Ltda., a Alberto Dangond Uribe y a Aseguradora Colseguros S.A., que ostentan el sello de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (fls. 434, 435, 436 y 437 del cuaderno 1).

Encuentra la Sala que también en este aspecto se cumplió el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil según el cual, el auto que decrete la reanudación del proceso "... se notificará por estado y mediante telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales", o sea que la notificación en el presente caso se hizo por el medio que la ley considera idóneo cuando de autos de esta naturaleza se trata y por tanto no puede existir irregularidad alguna.

En consencuencia no acoge la Sala las objeciones de los señores apelantes, por todo lo cual habrá de confirmarse la providencia recurrida.

Finalmente advierte esta Sección Quinta que tratándose de la apelación de autos, no contempla el Código de Procedimiento Civil oportunidad probatoria, siendo improcedentes las peticiones de los impugnantes para que se aprecien y decreten unas pruebas.

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

RESUELVE:

1o.– Confírmase el auto de fecha 21 de febrero de 1994 proferido por el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, Oficina Jurídica, Jurisdicción Coactiva.

2o.– En firme esta providencia regresen los autos para continuar el trámite de las excepciones.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

JUICIO EJECUTIVO/EXCEPCION DE PRESCRIPCION/TITULO EJECUTIVO/CONTRATO DE SEGURO–Régimen Aplicable/JURISDICCION COACTIVA

La acción ejecutiva tiene señalado un término de prescripción de diez (10) años que empieza a correr a partir del día en que el acreedor ha podido accionar: pero como en el caso *sub-exámine* el derecho a ejercitar la acción se deriva del acaecimiento del riesgo asegurado dentro de un contrato de seguro, cuya regulación para efectos de la prescripción se rige por la norma especial del artículo 1081 del C. de Co., es esta disposición la aplicable para el caso controvertido, conforme a lo establecido en los artículos 2545 del C.C. y 5o., regla primera, de la Ley 57 de 1887. El artículo 1081 del C. de Co., establece una prescripción extintiva ordinaria de 2 años y extraordinaria de 5 años para los derechos y las obligaciones correlativas y para las acciones que se derivan del contrato de seguro, las que corrían por igual antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984, tanto para el derecho y las obligaciones emanadas del contrato de seguro como para la prescripción de la acción ejecutiva, pues no se había consagrado, por dicha época, la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos por no hacerse efectivas las obligaciones en ellos contenidas y que hoy en día determinan una clara diferenciación, entre la prescripción del derecho y la prescripción de la acción, para el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obliigación generada en el contrato de seguro. Si Inravisión presentó demanda ejecutiva en contra de la sociedad excepcionante el 29 de abril de 1988, con base en un título ejecutivo conformado por varios documentos, el último de los cuales está fechado el 17 de noviembre de 1982, la acción así incoada se hallaba prescrita por haber transcurrido un lapso superior a dos años desde que el título que sirvió de base a la acción surgió a la vida ju-

rídica, pues es a partir de ese momento que ha de reputarse que el "interesado", Inravisión, tuvo conocimiento del hecho que dio base a la tardía acción que ejerció, y la cual se extinguió por prescripción, al no emplearse dentro del término previsto por la ley en ese entonces.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0341. Jurisdicción Coactiva. Partes: Instituto Nacional de Radio y Televisón (Inravisión) C/Yolanda Villabona Gutiérrez - Aseguradora Colseguros S.A. y El Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales.

Resuelve la Sala la excepción previa propuesta por el apoderado de la Aseguradora Colseguros S.A., contra el auto de mandamiento de pago proferido el 9 de noviembre de 1988 por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

El Instituto Colombiano de Radio y Televisión "INRAVISION", por conducto de apoderado, presentó demanda ejecutiva de mayor cuantía el día 29 de abril de 1988 ante el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, a efecto de que se librara mandamiento de pago contra Yolanda Villabona Gutiérrez por la cantidad de $ 4.600.429 correspondiente al valor del arrendamiento de espacios de televisión por los meses de mayo a octubre, en desarrollo del contrato No. 1469 de octubre 30 de 1981, más la suma de $ 50.000 nota débito No. 36, y por la cantidad de $ 4.567.940, valor de la cláusula penal pecuniaria. Contra la Aseguradora Colseguros S.A. por la suma de $ 4.567.940 asegurada por la citada compañía; y contra Seguros Generales Antioquia S.A., hoy El Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, por la suma asegurada de $ 1.932.060, más los intereses moratorios a la tasa del 3% mensual, en todos los casos.

El Título Ejecutivo lo integran: el contrato No. 1469 de 30 de octubre de 1981 con su otrosí y sus anexos (fl. 20); la póliza No. 006447 de 6 de noviembre de 1981 expedida por la Aseguradora Colseguros S.A. (fl. 140); la póliza No. 05023167 de 23 de agosto de 1982 expedida por la Compañía de Seguros Generales de Antioquia S.A., hoy El Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales (fl. 45); la Resolución No. 03342 de 16 de septiembre de 1982, por medio de la cual el Director General de Inravisión declaró la caducidad administrativa del citado contrato No. 1469 de 30 de octubre de 1981 (fl. 47); la Resolución No. 03623 de 18 de octubre de 1982 que resolvió el recurso de reposición contra la anterior, confirmándola en todas sus partes (fl. 55); la Resolución No. 03764 de 29 de octubre de 1982 que resolvió, denegando, una solicitud

de revocación directa (fl. 62); y el acta de liquidación del referido contrato y suscrita por las partes el 17 de noviembre de 1982 (fl 69).

Con fundamento en lo anterior el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, con fecha 9 de noviembre de 1988, libró mandamiento por vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Tesorero Nacional y en contra de la Sociedad Aseguradora Colseguros S.A. con Nit 60.026.181, por la cantidad de $ 4.567.940, más intereses que se causaren a la tasa del 18% anual a partir del 29 de diciembre de 1982, y costas.

En contra de la sociedad Compañía de Seguros Generales de Antioquia S.A., hoy El Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales con Nit 90.300.182, por la cantidad de $ 1.932.060, más intereses a la tasa del 18% anual que se causaren a partir del 21 de diciembre de 1982, y costas, y en contra de Yolanda Villabona Gutiérrez, por la cantidad de $ 4.650.429, más intereses a la tasa del 3% mensual a partir del 16 de septiembre de 1982 y costas que se causaren (fl. 95).

El mandamiento de pago le fue notificado personalmente a la apoderada de Aseguradora Colseguros S.A. el 2 de enero de 1989 (fl. 109) , y al representante legal de El Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, el 5 de enero de 1989.

La Señora Yolanda Villabona Gutiérrez fue notificada por medio de curador *ad-litem* el 30 de junio de 1993 (fl. 185), después de agotarse el trámite previsto en el artículo 564 del Código de Procedimiento Civil.

El 16 de enero de 1989, el apoderado de la Sociedad Aseguradora Colseguros S.A. presentó en un solo escrito, excepciones previa y de mérito, como lo autorizaba el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, vigente en la época (fls. 134 - 136).

La que corresponde decidir en esta oportunidad es la excepción de "PRESCRIPCION" que propuso con carácter de previa, con base en el último inciso del artículo 97 del C. de P.C., que entonces regía, alegando que la Resolución No. 03764 del 29 de octubre de 1982 agotó la vía gubernativa y desde su notificación, nació el derecho de Inravisión para cobrar la póliza de seguros.

Que el artículo 1081 del Código de Comercio habla de la prescripción ordinaria y extraordinaria , y ésta última es de 5 años, término que corre desde el momento que nace el derecho que en el presente caso venció en noviembre de 1987.

Señaló, además, que, son aplicables los artículos 64 y 66, numeral 3 del C.C.A., y que, según este último, los actos administrativos pierden fuerza ejecutiva cuando al cabo de 5 años de estar en firme, la Administración no realiza los actos correspondientes para ejecutarlos, y tal como puede observarse, las resoluciones que sirvieron

de base a la ejecución, en el *sub-lite,* se encuentran prescritas desde el mes de noviembre de 1987.

CONSIDERACIONES

Según el libelista, desde la notificación personal de la Resolución No. 03764 de octubre 29 de 1982, que agotó la vía gubernativa, nació el derecho de Inravisión para hacer efectiva la póliza otorgada por la Sociedad Aseguradora Colseguros S.A. por la suma de $ 4.567.940, en cumplimiento del citado contrato No. 1469, y ese derecho venció en noviembre de 1987.

Según expresa, dos son las razones jurídicas que aduce para fundamentar la excepción de prescripción de la acción que ha propuesto:

1.– El artículo 1081 del Código de Comercio relativo a la prescripción ordinaria y extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguros que es de dos (2) y de cinco (5) años, respectivamente, y que empieza a correr desde el momento que nace el respectivo derecho.

2.– El artículo 66, numeral 3 del C.C.A. según el cual, los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria al cabo de cinco (5) años de estar en firme, si la Administración no ha realizado los actos necesarios para su ejecución.

Del examen de la documentación obrante en el expediente, aparece establecido según los términos del Contrato No. 1469 de 30 de octubre de 1981, de arrendamiento de espacios de televisión por valor de $ 18.271.760 celebrado entre Inravisión y Yolanda Villabona Gutiérrez, que la contratista se comprometió a constituir una póliza de seguro por cuantía equivalente al 25% del valor estimado del citado contrato, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1983 y seis meses más para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales "especialmente en cuanto al pago oportuno de la renta mensual de arrendamiento". (fl. 30).

Con tal fin, la Compañía Aseguradora Colseguros S.A. constituyó la póliza No. 006447 por valor de $ 4.567.940 (fl. 40).

Con posterioridad a la declaratoria de caducidad del referido contrato, mediante Resolución No. 03342 de 16 de septiembre de 1982 que tambien ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por la suma de $ 4.567.940, equivalente al 25% del valor del contrato, confirmada por Resolución No. 03623 de 18 de octubre del mismo año, y a la decisión negativa de revocación directa de tales actos contenida en la Resolución No. 03764 de octubre 29 de 1982, se produjo la liquidación final del contrato No. 1469 mediante acta suscrita entre las partes el 17 de noviembre de 1982, resultando a cargo de la contratista, entre otros valores adeudados, la cantidad

de $ 4.567.940 por concepto de la cláusula penal pecuniaria, conforme a la citada acta (fls. 69 y 70), suma cuyo cobro se pretende ahora por vía de la jurisdicción coactiva a la Compañía Aseguradora Colseguros S.A., conforme está dispuesto en el numeral primero de la parte resolutiva del mandamiento de pago proferido, el 9 de noviembre de 1988, por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales (fls 95 a 98).

Debe observar la Sala que para la época de ocurrencia de los anteriores hechos se encontraba vigente el Decreto 150 de 1976 sobre contratación administrativa. En cumplimiento del artículo 192 del citado estatuto, según el cual los contratos deben liquidarse por el jefe de la entidad contratante o por quien él encargue, el Director de Inravisión mediante Resolución No. 01116 de 28 de abril de 1982 visible al folio 68 del expediente, designó al jefe de la Oficina Jurídica para liquidar los contratos de arrendamiento de espacios de televisión.

Para el caso del contrato No. 1469 que interesa, como ya se anotó, tal liquidación se cumplió el 17 de noviembre de 1982 con las observaciones y propuestas anexas. Y en este punto cabe aclarar que el acta de liquidación final del contrato administrativo, en la época indicada, no prestaba por sí sola mérito ejecutivo, dado que el artículo 192 inciso tercero del Decreto 150 de 1976, que le reconocía este carácter, fue declarado inexequible mediante sentencia proferida el 1o. de diciembre de 1977 por la Corte Suprema de Justicia. Solo cuando entró en vigencia el Decreto 222 de 1983, el 2 de febrero del mismo año, se le atribuyó mérito ejecutivo a dicho documento.

Pero es evidente que el Acta de liquidación final del contrato que, en el presente caso, fue suscrita el 17 de noviembre de 1982 entre Inravisión y Yolanda Gutiérrez Villabona como expresión de acuerdo entre las partes, y en la cual se estableció el valor del crédito a cargo del contratista, constituye la actuación definitiva de una secuencia de actos conexos, como son, el contrato No. 1649 de 30 de octubre de 1981, su otrosí y anexos, las pólizas Nos. 006447 y 23167, y las Resoluciones Nos. 03342, 03623 y 03764 de 16 de septiembre, 18 y 29 de octubre de 1982, respectivamente, todos los cuales conforman el título ejecutivo complejo que dio origen a la presente acción.

Así las cosas, para los efectos de establecer el momento desde el cual podía la Administración exigir por la vía de la acción ejecutiva el valor adeudado, debe tomarse como punto de partida el día 17 de noviembre de 1982, fecha en la cual se liquidó el contrato de arrendamiento de espacios de televisión.

El apoderado de la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S.A., propone la excepción de prescripción con base en el art. 1081 del Código de Comercio, del siguiente tenor:

> La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las dísposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Sobre el particular se señala que, en asunto similar, en relación con la excepción de prescripción propuesta con base en la norma pretranscrita, que no alcanzó prosperidad en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva y dio origen al ya extinguido recurso extraordinario de anulación, decidido por la Sala Plena del Consejo de Estado mediante sentencia de mayo 7 de 1991, esta Corporación dijo lo siguiente:

El artículo 1081 del C. de Co., establece una prescripción extintiva ordinaria de dos (2) años y extraordinaria de cinco (5) años para el derecho y la obligación correlativos y para las acciones que se deriven del contrato de seguro. Dentro de tales términos quedan comprendidas tanto la acción ejecutiva como la ordinaria. Dicha norma consagra una excepción a la regla general sentada por el artículo 2536 del C.C., según el cual el término de prescripción de la acción ejecutiva, que no del derecho y la obligación mismos, es de diez (10) años.

En los eventos en que la obligación que la administración pretendía exigir derivara de un contrato de seguro por acaecimiento del siniestro o riesgo asegurado y éste hubiere sido otorgado para amparar obligaciones del contratista frente a la administración contratante, la regulación de la prescripción se sujetaba en su integridad a la norma antecitada. Es decir, la acción que la administración podía intentar contra el asegurador prescribía en los términos señalados en el artículo 1081 del C. de Co. Del hecho de que al crédito se le diera el calificativo de obligación fiscal, no se derivaba consecuencia diferente a la antes señalada, ya que tal calificativo no tenía, ni tiene hoy en día la virtualidad de transmutar la naturaleza jurídica y el origen mismo de la obligación, tampoco conducía a una conclusión distinta el argumento atinente a la conformación del título ejecutivo que permite a la Administración el cobro de la obligación por la vía de la jurisdicción coactiva. Concretamente en el evento que nos ocupa, la circunstancia de que tal título se estructurara a más del contrato en que es parte contratante la Administración y de la póliza, con uno o varios actos administrativos, para nada incidía en la determinación del término de prescripción de la acción, pues únicamente concernía a la posibilidad o viabilidad de incoar la acción ejecutiva por la vía de la jurisdicción coactiva. De otra parte, el artículo

1081, en forma por demás expresa y precisa, determina que la prescripción en él señalada corre en contra del interesado y es claro que siendo la administración contratante asegurada y beneficiaria, es parte interesada...

De lo anterior se concluye que desde el momento que ocurría el siniestro o riesgo asegurado empezaba a correr el término de la prescripción extraordinaria de cinco años y que desde la fecha en que la Administración contratante había tenido o debido tener conocimiento de tal ocurrencia empezaba a correr el término de la prescripción ordinaria de dos años, lo anterior tanto para el derecho y obligación correlativos, como para la acción, a diferencia de lo que ocurre a partir de la vigencia del actual C.C.A., en que cabe diferenciar el término de prescripción de la obligación y del derecho que emanan del contrato de seguro, aspecto este regido por el artículo 1081 del C. de Co., y el término de prescripción de la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva regulado por el artículo 66, numeral 3 del C.C.A. (Exp. R-087. Actor: LA NACION - FONDO VIAL NACIONAL. Consejero Ponente Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ. Extractos de Jurisprudencia. Tomo XII. Págs. 38 y 39).

Comparte esta Sección Quinta las consideraciones expuestas en la providencia transcrita sobre aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio, no solo respecto a situaciones presentadas con anterioridad al Decreto 01 de 1984, sino tambien respecto de hechos ocurridos durante su vigencia cuando la prescripción alegada se relaciona con la extinción de derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro, mas no cuando ella se refiere a la extinción del derecho de la Administración para ejercitar la acción que se origina en el acto administrativo que concreta la obligación fiscal en favor del Estado.

Respecto de situaciones ocurridas con anterioridad a la expedición del Decreto 01 de 1984, encuentra la Sala que es viable la aplicación de la citada norma, puesto que al no existir, por aquel entonces, disposiciones de naturaleza administrativa que determinaran la prescripción para el cobro de las obligaciones fiscales a favor del Estado por la vía de la jurisdicción coactiva, se hacía necesario acudir a la normatividad existente en el Código Civil sobre prescripción, dado el carácter de orden público y la finalidad de utilidad social y de preservación de la seguridad jurídica que tal fenómeno conlleva.

Según tal ordenamiento jurídico, la acción ejecutiva tiene señalado un término de prescripción de diez (10) años que empieza a correr a partir del día en que el acreedor ha podido accionar; pero como en el caso *sub-exámine* el derecho a ejercitar la acción se deriva del acaecimiento del riesgo asegurado dentro de un contrato de seguro, cuya regulación para efectos de la prescripción se rige por la norma especial del artículo 1081 del Código de Comercio, es esta disposición la aplicable para el caso controvertido, conforme a lo establecido en los artículos 2545 del C.C. y 5o., regla primera, de la Ley 57 de 1887.

El artículo 1081 del Código de Comercio, establece una prescripción extintiva ordinaria de dos (2) años y extraordinaria de cinco (5) años para los derechos y las obligaciones correlativas y para las acciones que se derivaban del contrato de seguro, las que corrían por igual antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984, tanto para el derecho y las obligaciones emanadas del contrato de seguro como para la prescripción de la acción ejecutiva, pues no se había consagrado, por dicha época, la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos por no hacerse efectivas las obligaciones en ellos contenidas y que hoy en día, determinan una clara diferenciación, entre la prescripción del derecho y la prescripción de la acción, para el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación generada en el contrato de seguro.

En el *sub-lite,* el título ejecutivo se conformó el 17 de noviembre de 1982 al suscribirse entre las partes contratantes el acta de liquidación del contrato de arrendamiento de espacios de televisión, acto mediante el cual se consolidó el título de recaudo; y es a partir de esta fecha en que debe empezar a contarse el término de prescripción de dos años, que para la extinción de la acción ejecutiva derivada del contrato de seguros, tiene prevista el citado artículo del Código de Comercio.

Así las cosas, es lógico concluir que si Inravisión presentó demanda ejecutiva en contra de la sociedad excepcionante el 29 de abril de 1988, con base en un título ejecutivo conformado por varios documentos, el último de los cuales está fechado el 17 de noviembre de 1982, la acción así incoada se hallaba prescrita por haber transcurrido un lapso superior a dos años desde que el título que sirvió de base a la acción surgió a la vida jurídica, pues es a partir de ese momento que ha de reputarse que el "interesado", Inravisión, tuvo conocimiento del hecho que dio base a la tardía acción que ejerció, y la cual se extinguió por prescripción, al no emplearse dentro del término previsto por la ley en ese entonces.

Como consecuencia de lo anterior, habrá de prosperar la excepción de prescripción de la acción ejecutiva propuesta por la Sociedad Aseguradora COLSEGUROS S.A., y, en cuanto a ella respecta se declarará terminado el proceso.

Respecto al artículo 66 numeral 3, invocado también por el libelista como fundamento de la excepción alegada, y consagrado en el Decreto 01 de 1984, vigente a partir del 1o. de marzo del mismo año, esto es, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos descritos, resulta inaplicable en el *sub-lite,* por ser norma inexistente cuando el fenómeno prescriptivo se cumplió.

En cuanto a la posibilidad de dar aplicación al artículo 1081 del Código de Comercio, dentro de la actual vigencia del Decreto 01 de 1984, la prescripción contenida en dicha norma sólo tendría operancia respecto a la extinción de los derechos y acciones generadas en el contrato de seguro, siempre que las reclamaciones pertinentes se adelanten dentro de los plazos allí señalados; pero en cuanto al derecho de acción que

se origina frente al acto administrativo en firme que define y concreta la obligación derivada del acaecimiento de riesgo, únicamente operaría la prescripción dentro del término de cinco (5) años previsto en el numeral 3o. del artículo 66 del mencionado decreto, siempre y cuando el título ejecutivo se hubiere conformado dentro de los dos años indicados en el artículo 1081 del Código de Comercio. Subsiste, pues, bajo el régimen vigente del Decreto 01 de 1984, la posibilidad de aplicar las dos prescripciones, aunque fundadas en causas diferentes y consideradas dentro de distintos plazos.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Declárase probada la excepción de prescripción propuesta, con el carácter de previa, por el apoderado de la Compañía Aseguradora de Colseguros S.A., contra el auto de mandamiento de pago proferido, el 9 de noviembre de 1988, por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Declárase terminado el proceso, pero sólo en relación con la Compañía Aseguradora Colseguros S.A.

En firme este proveído, **vuelva** el expediente al Despacho para decidir sobre las excepciones de mérito propuestas por las otras partes ejecutadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sesión del catorce (14) de abril 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.

LIQUIDACION DE IMPUESTO PREDIAL/MERITO EJECUTIVO

Si bien para el cobro coactivo de deudas provenientes de impuestos, la norma general aplicable es el ordinal 3 del artículo 68 del C.C.A., ese planteamiento debe entenderse en el sentido de que no exista norma especial que le dé este mismo mérito ejecutivo a otros documentos emanados de la Administración. Para el caso en estudio, existe el artículo décimo tercero del Acuerdo No. 15 de 1987 expedido por el Concejo de Bogotá, hoy Santafé de Bogotá, D.C. El último parágrafo de la disposición Distrital, al dar ese carácter compulsivo a la certificación que sobre el monto de la liquidación del Impuesto Predial expide el Tesorero del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, sumándose así este documento a los que consagra el artículo 68 del C.C.A., porque "siendo esta afirmación de la Administración un acto amparado por la presunción de legalidad, hasta que no sea desvirtuada, debe entenderse que está respaldada por el acto o actos administrativos de liquidación del Impuesto Predial correspondiente y que respecto a ellos se cumplió el trámite de la notificación conforme al procedimiento legal, quedando debidamente ejecutoriados". Los actos administrativos de los cuales se presume su existencia de acuerdo a la anterior jurisprudencia, son los de liquidación del Impuesto Predial que se supone debe haber expedido la Tesorería de Santafé de Bogotá, D.C., respecto a cada una de las unidades gravadas, una vez se cumplió el trámite de inscripción en la oficina de Registro correspondiente y no a aquellos dictados por la oficina de Catastro, en relación con el "desenglobe Catastral"; puesto que en este caso se trata de un procedimiento administrativo que si bien establece la base para la liquidación del Impuesto Predial, no lo impone porque dicho servidor público no es el facultado para cumplir esa función.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0336. Jurisdicción Coactiva. Partes: Tesorería de Santafé de Bogotá. C/Banco Central Hipotecario.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la entidad demandada, contra los autos de mandamiento de pago dictados en los procesos acumulados de la referencia.

ANTECEDENTES

El Juzgado Cuarto de Ejecuciones Fiscales, mediante autos calendados el 24 y 25 de septiembre de 1992, ordenó al Banco Central Hipotecario pagar a la Tesorería de Santafé de Bogotá, D.C., las sumas que a continuación se señalan por concepto de capital más los intereses causados desde el mes de enero de 1977 hasta la completa satisfacción de la deuda, en los procesos acumulados que seguidamente se relacionan, los que para mayor claridad se identifican por el número de expediente, dejándose de una vez constancia, que cada acción tiene origen en la mora en el pago del impuesto predial y complementarios, respecto a unidades que hacen parte del predio ubicado en la Cra. 7 No. 32-71 y las situadas en la Cra. 7 No. 32-62 - Cra. 13 No. 32-74 y Cra. 13 No. 32-80 de esta ciudad, por la vigencia 1977 - 1991.

1o.) No. 4100259.– Un millón quinientos veintiocho mil setecientos veintiocho pesos ($ 1.528.728.oo) M/cte., según las certificaciones números 08390 a 08404, respecto a la oficina No. 201 (fls. 439 a 476 cdno. 2).

2o.) No. 4100260.– Dos millones quinientos noventa y nueve mil cuatrocientos diecinueve pesos ($ 2.599.419.oo) M/cte., según las certificaciones números 08405 a 08419 respecto a la oficina número 202 (fls. 493 a 530 cdno. 2).

3o.) No. 4100261.– Ciento ochenta y cuatro mil ciento cuarenta y siete pesos ($ 184.147.oo) M/cte., de acuerdo a las certificaciones números 08420 a 08334 en relación con la oficina 203 (fls. 548 a 585 cdno. 2).

4o.) No. 4100262.– Cuatro millones seiscientos cuarenta y cuatro pesos con treinta y dos centavos ($ 4.644.032.oo) (sic) M/cte., de acuerdo a las certificaciones números 08435 a 08449 en relación con la oficina No. 401 (fls. 602 a 639 cdno. 2).

5o.) No. 4100263.– Cuatro millones seiscientos cuarenta y un mil novecientos cincuenta y dos pesos ($ 4.641.952.oo) M/cte,, con base en las certificaciones números

08450 a 08464 por el impuesto correspondiente a la oficina No. 501 (fls. 657 a 695 cdno. 2).

6o.) No. 4100264.– Tres millones setecientos treinta y tres mil novecientos cuarenta y dos pesos ($ 3.733.942oo) M/cte., según las certificaciones números 08465 a 08479 con relación al impuesto de la oficina No. 601 (fls. 712 a 750 cdno. 2).

7o.) No. 4100265.– Tres millones siete mil seiscientos treinta y dos pesos ($ 3.007.632.oo) M/cte., según certificaciones números 08480 a 08494 respecto de la oficina No. 701 (fls. 768 a 805 cdno. 3).

8o.) No. 4100266.– Tres millones siete mil seiscientos cincuenta y tres pesos ($ 3.007.653.oo) M/cte., de acuerdo a las certificaciones números 08495 a 08509 por el impuesto correspondiente a la oficina No. 801 (fls. 829 a 859 cdno. 3).

9o.) No. 4100267.– Tres millones siete mil seiscientos cincuenta y tres pesos ($ 3.007.653.oo) M/cte., según las certificaciones números 08510 a 08524 en relación con la oficina No. 901 (fls. 878 a 916 cdno. 3).

10o.) No. 4100268.– Dos millones cuatrocientos diez mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos ($ 2.410.459.oo) M/cte., como consta en las certificaciones números 08525 a 08539 con relación a la oficina 1001 No. (fls. 933 a 971 cdno. 3).

11o.) No. 4100269.– Dos millones cuatrocientos treinta y un mil novecientos sesenta y tres pesos ($ 2.431.963.oo) M/cte., tal como se desprende de las certificaciones números 08540 a 08554 respecto a la oficina No. 1001 (fls. 988 a 1031 cdno. 3).

12o.) No. 4100270.– Dos millones cuatrocientos catorce mil ochocientos sesenta y cuatro pesos ($ 2.414.864.oo) M/cte., según certificaciones números 08555 a 08569 respecto a la oficina No. 1201 (fls. 1044 a 1083 cdno. 4).

13o.) No. 4100271.– Dos millones cuatrocientos once mil novecientos sesenta y dos pesos ($ 2.411.962.oo) M/cte., como consta en las certificaciones números 08570 a 08584 con relación a la oficina No. 1301 (fls. 1099 a 1140 cdno. 4).

14o.) No. 4100272.– Dos millones cuatrocientos catorce mil ochocientos sesenta y cuatro pesos ($ 2.414.864.oo) M/cte., suma contenida en las certificaciones números 08585 a 08599 por el impuesto correspondiente a la oficina No. 1401 (fls. 1153 a 1190 cdno. 4).

15o.) No. 4100273.– Dos millones cuatrocientos catorce mil ochocientos sesenta y cuatro pesos ($ 2.414.864.oo) M/cte., según certificaciones números 08600 a 08614 respecto al impuesto predial y complementario de la oficina No. 1501 (fls. 1207 a 1244 cdno. 4).

16o.) No. 4100274.– Dos millones cuatrocientos catorce mil ochocientos sesenta y cuatro pesos ($ 2.414.864.oo) M/cte., como aparece en las certificaciones números 08615 a 08629 en relación con la oficina No. 1601 (fls. 1263 a 1300 cdno. 4).

17o.) No. 4100275.– Dos millones cuatrocientos catorce mil ochocientos treinta y tres pesos ($ 2.414.833.oo) M/cte., según certificados números 08630 a 08644 respecto al impuesto correspondiente a la oficina No. 1701 (fls. 1316 a 1355 cdno. 4).

18o.) No. 4100276.– Dos millones cuatrocientos catorce mil ochocientos sesenta y cuatro pesos ($ 2.414.864.oo) M/cte., como se registra en los certificados números 08645 a 08657 en relación con la oficina No. 1801 (fls. 1373 cdno. 4 a 1410 cdno. 5).

19o.) No. 4100277.– Dos millones cuatrocientos nueve mil quinientos treinta y seis pesos ($ 2.409.536.oo) M/cte., de acuerdo a las certificaciones números 08660 a 08674 por el impuesto de la oficina No. 1901 (fls. 1427 a 1465 cdno. 5).

20o.) No. 4100278.– Dos millones cuatrocientos catorce mil ochocientos sesenta y seis pesos ($ 2.414.866.oo) M/cte., de que da cuenta las certificaciones números 08675 a 08679 respecto al impuesto de la oficina No. 2001 (fls. 1483 a 1520 cdno. 5).

21o.) No. 4100279.– Cuatro millones trescientos tres mil trescientos noventa y tres pesos ($ 3.303.393.oo) M/cte., de acuerdo a las certificaciones números 08690 a 08704 respecto a la oficina No. 2101 (fls. 1537 a 1575 cdno. 5).

22o.) No. 4100290.– Cuatro millones ochocientos ochenta y siete mil setecientos setenta y cinco pesos ($ 4.887.775.oo) M/cte., según aparece en los certificados números 08705 a 08719 con relación a la unidad L.C. de la Cra. 7 No. 32-65 de esta ciudad (fls. 1592 a 1625 cdno. 5).

23o.) No. 4100281.– Dos millones cuatrocientos noventa y un mil setecientos setenta y siete pesos ($ 2.491.777.oo) M/cte., según las certificaciones números 08720 a 08734 con relación a la Unidad L.C. Cra. 13 No. 32-74 de esta ciudad (fls. 1641 a 1678 cdno. 5).

24o.) No. 4100282.– Dos millones seiscientos treinta y ocho mil seiscientos noventa y seis pesos ($ 2.638.696.oo) M/cte., de acuerdo a las certificaciones números 08735 a 08749 sobre el impuesto con relación a la Unidad L.C. situada en la Cra. 13 No. 32-80 de esta ciudad (fls. 1696 a 1733 cdno. 5).

Las certificaciones fueron todas expedidas por el Tesorero de Santafé de Bogotá, D.C., el día 27 de agosto de 1992 y se allegaron como títulos ejecutivos en cada expediente.

La sociedad ejecutada a través de apoderada especial legalmente constituida, en diligencias realizadas el 6 de noviembre de 1992 recibió notificación personal de cada uno de los autos de mandamiento de pago librado en los procesos acumulados y en escritos que obran a continuación de los respectivos folios antes anotados, presentados todos el 11 de noviembre siguiente a la fecha de la notificación, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación y en virtud de este último es que conoce la Sala de los antecitados procesos.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Dentro del término, la apoderada del Banco Central Hipotecario en escrito visto a folios 443 y s.s. del cuaderno No. 1, al sustentar el recurso manifiesta que las obligaciones que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado, están establecidas en el artículo 68 del C.C.A., el cual transcribe, refiriéndose en especial al numeral 3 de la norma, de la cual precisa que en el campo tributario este numeral se convierte en norma específica, por lo que a su juicio solo prestan mérito ejecutivo los documentos que cumplan los siguientes requisitos:

> "1. Que constituyan una liquidación de impuestos. Ello implica que debe existir un acto administrativo particular y concreto, emitido por la autoridad competente y con el lleno de los requisitos que el mismo Código exige para la validez y eficacia de los actos administrativos, es decir que contengan los datos de identificación del contribuyente, una motivación siquiera sumaria de las razones que llevaron a la Administración a emitirla (sic), **una base gravable, una liquidación del impuesto,** los recursos, los plazos y la autoridad ante la cual deban presentarse... que el auto sea debidamente notificado.
>
> "2. Que la providencia esté debidamente ejecutoriada, es decir, que esté en firme al concluir el procedimiento administrativo, lo cual ocurre de conformidad con el artículo 62 del C.C.A., cuando contra ellos no proceda ningún recurso, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos, y cuando haya lugar a la perención, eventos que suponen la preexistencia del acto administrativo de liquidación debidamente notificado en los términos del artículo 44 del Decreto-Ley 01 de 1984".

Agrega que a su poderdante no se le notificó ningún acto administrativo de liquidación oficial del impuesto predial, y que así se trate de un "acto de trámite" previo como se califica a los que dieron origen a los mandamientos de pago, deben necesariamente notificarse porque deciden sobre cuestiones de fondo –se refiere a las actas de desenglobe de las unidades afectadas por el cuestionado impuesto–.

Aduce, finalmente, que la notificación de los actos administrativos es una garantía para los administrados "que tiene como objetivo el de permitirles conocer el contenido

de los mismos, a fin de garantizarles la utilización de los medios de impugnación que la ley consagra a su favor protegiendo al mismo tiempo el ejercicio del derecho de defensa del afectado con la decisión y el debido proceso...".

En apoyo de sus planteamientos transcribe a folios 446 y 447 cdno. 1, jurisprudencia de las Secciones Cuarta y Primera, respectivamente, de esta Corporación.

La Dirección Distrital de Impuestos por medio de la Jefatura de Cobranzas, en auto calendado el 28 de febrero de 1994 (fls. 435 y s.s. cdno. 1), negó el recurso de reposición interpuesto en cada uno de los procesos acumulados y en su lugar concedió el subsidiario de apelación.

Sostiene el despacho ejecutor que a folios 1966 a 1997 del proceso No. 4100283, obran los actos administrativos emanados del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, mediante los cuales se desenglobaron los predios materia de ejecución, estos, por ser actos de trámite se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación, por lo tanto, se encuentran debidamente ejecutoriados al no interponerse contra ellos los recursos de ley pues esos hechos debieron debatirse en la vía gubernativa (inciso 4 art. 44 C.C.A.).

> "En el caso que nos ocupa –se precisa en el auto– los títulos ejecutivos son las certificaciones sobre el monto de la liquidación del impuesto predial, expedidas por el señor Tesorero de Santafé de Bogotá, D.C., en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 13 parágrafo 2 del Acuerdo 15 de 1987 y el Decreto 062 de 1989 expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., de donde se colige, que además de los documentos enumerados en el artículo 68 del C.C.A., también prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva las certificaciones sobre el monto de la liquidación del impuesto predial, expedidas por el Tesorero de Santafé de Bogotá, D.C.".

CONSIDERACIONES

En estos procesos acumulados al resolver la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Banco Central Hipotecario, contra el auto de mandamiento de pago que se libró en el expediente No. **4100283** (fls. 244 y s.s. cdno. 1), dejó expuesto el criterio consistente en que si bien para el cobro coactivo de deudas provenientes de impuestos, la norma general aplicable es el ordinal 3 del artículo 68 del C.C.A., tal como lo contempla la jurisprudencia de la sección allí citada, ese planteamiento debe entenderse en el sentido de que no exista norma especial que le dé ese mismo mérito ejecutivo a otros documentos emanados de la Administración.

Para el caso en estudio, existe el artículo décimo tercero del Acuerdo No. 15 de 1987 expedido por el Concejo de Bogotá hoy Santafé de Bogotá, D.C., cuya prueba obra a folios 128 y s.s., que reza textualmente:

"Seguirá constituyendo operación administrativa de liquidación del Impuesto Predial la aplicación sistematizada de la tarifa correspondiente sobre el avalúo catastral determinado por el Departamento Administrativo de Catastro Distrital. La operación de liquidación del Impuesto Predial tanto sistematizada como por Resolución motivada, constituye un acto administrativo de ejecución.

"PARAGRAFO PRIMERO.– La obligación de pago del Impuesto Predial se debe cumplir por parte del propietario o poseedor de inmuebles en cada anualidad. El hecho de no recibir la factura o el estado de cuenta del Impuesto Predial no exime al contribuyente del pago respectivo.

"PARAGRAFO SEGUNDO.– Para el cobro coactivo del Impuesto Predial y sobretasa, presta mérito ejecutivo la certificación del Tesorero Distrital sobre el monto de la liquidación correspondiente.

Es claro el último parágrafo de la disposición Distrital al dar ese carácter compulsivo a la certificación que sobre el monto de la liquidación del Impuesto Predial expide el Tesorero del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, sumándose así este documento a los que consagra el artículo 68 del C.C.A., porque "siendo esta afirmación de la Administración un acto amparado por la presunción de legalidad, hasta que no sea desvirtuada, debe entenderse que está respaldada por el acto o actos administrativos de liquidación del Impuesto Predial correspondiente y que respecto a ellos se cumplió el trámite de la notificación conforme al procedimiento legal, quedando debidamente ejecutoriados".

Este es el criterio de la Sala y que como atrás se indicó se expuso en uno de los procesos acumulados, reafirmándose en el caso *sub-exámine,* en virtud de que los autos de mandamiento de pago motivo de apelación, se sustentan con certificaciones similares a la que en aquella oportunidad se examinaron, conduciendo ello a que dichos autos sean por las mismas razones, confirmados en su totalidad.

Pero debe observarse, que los actos administrativos de los cuales se presume su existencia de acuerdo a la anterior jurisprudencia, son los de liquidación del Impuesto Predial que se supone debe haber expedido la Tesorería de Santafé de Bogotá, D.C., respecto a cada una de las unidades gravadas, una vez se cumplió el trámite de inscripción en la oficina de Registro correspondiente y no a aquellos dictados por la oficina de Catastro, en relación con el "desenglobe Catastral"; puesto que en este caso se trata de un procedimiento administrativo que si bien establece la base para la liquidación del Impuesto Predial, no lo impone porque dicho servidor público no es el facultado para cumplir esa función.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Confirmar los autos de mandamiento de pago que fueron motivo de apelación en los procesos acumulados.

En firme este proveído vuelvan los expedientes al Despacho del Consejero Ponente para la elaboración del proyecto de sentencia de excepciones.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida 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* (Ausente con excusa legal).

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

RESPONSABILIDAD FISCAL/CONTROL FISCAL/SANCION PECUNIARIA/JURISDICCION COACTIVA/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA–Función/**CONTRALORIAS**–Funciones/**CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/CONTRALORIA DISTRITAL/CONTRALORIA MUNICIPAL**

El artículo 267 de la Carta Fundamental determina que el control fiscal estará a cargo de la Contraloría General de la República; por su parte, el artículo 268-5 *ibídem*, señala que es atribución del Contralor General de la República "... Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma" por disposición del artículo 272 de la norma superior que se viene comentando, en los departamentos, distritos y municipios en los que existan Contralorías, la vigilancia de la gestión fiscal corresponderá a esas entidades y los Contralores Departamentales, Distritales o Municipales según el caso, ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el referido artículo.

LEY DE CONTROL FISCAL/JURISDICCION COACTIVA/CREDITO FISCAL/PROCESO EJECUTIVO/EXCEPCIONES–Trámite/**CONTRALORIAS**–Funciones/**ACTO DEMANDABLE/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

La Ley 42 de 1993 "sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", en su artículo 65 reitera el mandato señalado en el artículo 272 de la C.N., disponiendo además que la jurisdicción coactiva se ejercerá conforme lo dispone esa ley (art. 71), esto es aplicando el procedimiento señalado en el capítulo IV

de esa preceptiva legal, según el cual, para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos señalados en la Ley 42 de 1993, se seguirá el proceso de jurisdicción coactiva, señalado en el C.P.C., salvo los aspectos especiales que regula dicha ley (art. 90 L. 42/93); tales aspectos se relacionan entre otros, con el trámite de las excepciones, pues, a diferencia de lo que ocurre en el ejecutivo coactivo, señalado en la codificación procesal civil, en el que tales medios exceptivos son conocidos y resueltos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aplicando para el efecto las normas del C.P.C., en los procesos que adelantan las Contralorías, el trámite de las excepciones se adelanta ante el Contralor o la dependencia delegada (art. 91 L. 42/93), según el caso, hasta culminar con la resolución que decida sobre las excepciones propuestas (art. 93 L. 42/93). Ahora bien, si las excepciones no prosperan o prosperan parcialmente, la providencia que así lo define, puede recurrirse por vía de reposición (art. 93-5 Ley 42/93); pero solo serán demandables ante esta jurisdicción aquellas resoluciones que fallan las excepciones y ordenan la ejecución (art. 94 L. 42/93). Según el artículo 92 de la Ley 42 de 1993, prestan mérito ejecutivo: "Los fallos con responsabilidad fiscal contenidos en providencias debidamente ejecutoriadas; las resoluciones ejecutoriadas expedidas por las Contralorías, que impongan multas una vez transcurrido el término concedido en ellas para su pago y, las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integran a fallos con responsabilidad fiscal".

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0381. Jurisdicción Coactiva. Partes: Contraloría de Santafé de Bogotá. C/Fabio Puyo Vasco.

Sería la oportunidad de decidir el recurso de apelación, interpuesto contra el mandamiento de pago librado por el Juzgado Primero de Jurisdicción Coactiva, de no presentarse un hecho que impide a la Sala un pronunciamiento de mérito, tal como pasa a demostrarse.

El artículo 267 de la Carta Fundamental determina que el control fiscal estará a cargo de la Contraloría General de la República; por su parte, el artículo 268-5 *ibídem,* señala que es atribución del Contralor General de la República "... Establecer

la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y **ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma".**

Por disposición del artículo 272 de la norma superior que se viene comentando, en los Departamentos, Distritos y Municipios en los que existan Contralorías, la vigilancia de la gestión fiscal corresponderá a esas entidades y los contralores departamentales, distritales o municipales según el caso, ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el referido artículo 268.

La Ley 42 de 1993 "sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", en su art. 65 reitera el mandato señalado en el articulo 272 de la C.N., disponiendo además que la jurisdicción coactiva se ejercerá conforme lo dispone esa ley (art. 71), esto es aplicando el procedimiento señalado en el capítulo IV de esa preceptiva legal, según el cual, para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos señalados en la Ley 42 de 1993, se seguirá el proceso de jurisdicción coactiva, señalado en el C.P.C., salvo los aspectos especiales que regula dicha ley (art. 90 L. 42/93); tales aspectos se relacionan, entre otros, con el trámite de las excepciones, pues, a diferencia de lo que ocurre en el ejecutivo coactivo, señalado en la codificación procesal civil, en el que tales medios exceptivos son conocidos y resueltos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aplicando para el efecto las normas del C.P.C., en los procesos que adelantan las Contralorías, el trámite de las excepciones se adelanta ante el Contralor o la dependencia delegada (art. 91 L. 42/93), según el caso, hasta culminar con la resolución que decida sobre las excepciones propuestas (art. 93 L. 42/93).

Ahora bien, si las excepciones no prosperan o prosperan parcialmente, la providencia que así lo define, puede recurrirse por vía de reposición (art. 93 - 5 Ley 42/93); pero solo serán demandables ante esta jurisdicción aquellas resoluciones que fallan las excepciones y ordenan la ejecución (art. 94 L. 42/93).

Según el artículo 92 de la Ley 42 de 1993, prestan mérito ejecutivo: **"Los fallos con responsabilidad fiscal contenidos en providencias debidamente ejecutoriadas;** las resoluciones ejecutoriadas expedidas por las Contralorías, que impongan multas una vez transcurrido el término concedido en ellas para su pago y, las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal" (destaca y resalta la Sala).

En el caso a estudio, el título ejecutivo está constituido por un fallo con responsabilidad fiscal, contenido en un auto de fenecimiento que al encontrarse debidamente ejecutoriado y tal como lo dispone el capítulo IV de la Ley 42 de 1993 condujo a la Contraloría de Santafé de Bogotá, D.C., –Juzgado Primero de Jurisdicción Coactiva– a iniciar el cobro del crédito fiscal y, siguiendo el proceso de jurisdicción coactiva

señalado en el Código de Procedimiento Civil (art. 90 L. 42 de 1993), libró mandamiento de pago a favor de Santafé de Bogotá, D.C., Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y, a cargo de Fabio Puyo Vasco, por la suma de un mil setenta y cinco millones quinientos treinta y siete mil quinientos sesenta y siete pesos ($ 1.075.537.567) (sic), y si bien es cierto que esa decisión es susceptible del recurso de apelación (art. 505 inc. 3 C.P.C.), éste deberá ser resuelto por el superior del funcionario que dictó la providencia objeto del recurso (que no es la Corporación), razón por la cual, la Sala se abstendrá de decidir sobre la alzada.

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

RESUELVE:

Inhíbese de conocer del recurso de apelación interpuesto, por el apoderado del ejecutado, contra el mandamiento de pago librado por el Juzgado Primero de Jurisdicción Coactiva, el 1o. de diciembre de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE.

Esta providencia fue leída, discutida 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* (Ausente con excusa legal).

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

EXCEPCIONES PREVIAS–Improcedencia/**PROCESO ELECTORAL**

Conforme al artículo 164 del C.C.A., las excepciones previas no son aducibles en los procesos electorales. La disposición es clara al referirse sólo a las excepciones de fondo, que define como las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. Las previas, que tienen un objetivo distinto, las estudia la Sala como simples irregularidades procesales.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA–Seccional/**MAGISTRADOS**–Elección/**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**–Funciones/**TERNAS**–Conformación/**PROCESO ELECTORAL**–Causales de Nulidad

Si bien para la designación de Magistrados de la seccional del Consejo Superior de la Judicatura no se presentó debidamente integrada una de las ternas enviadas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, este hecho no es lesivo de las disposiciones que se invocan como transgredidas, porque a pesar de que el artículo 6 inciso 2 del Decreto 2652 de 1991 dispone la conformación de esas ternas, la previsión de la norma solo logra su materialización, cuando del proceso de selección resulta el número de aspirantes que llenan los requisitos y la hacen posible, pero este propósito se ve frustrado cuando con los aspirantes que resultan legalmente aptos, no se alcanza a completar el número requerido para esa integración. A lo anterior, debe agregar la Sala que el hecho calificado por el actor como violatorio de las disposiciones que invoca, no está erigido como causal de nulidad en ninguno de los casos que contempla el artículo 223 del C.C.A. Tampoco constituye falla de condiciones constitucionales o legales para el desempeño del cargo, o hace al candidato inelegible o representa para éste impedimento para acceder al mismo, según la preceptiva del artículo 228 del estatuto citado.

AUDITOR–Naturaleza de su Función/**EXPERIENCIA ADMINISTRATIVA**–Requisito

Sostiene el demandante que quien audita no puede coadministrar y que el auditaje se opone por naturaleza a la gestión y administración. Con el primer punto está de acuerdo la Sala, los auditores de las Contralorías –en este caso– no son coadministradores, pero respecto al segundo está en desacuerdo y contrariamente a lo afirmado, es del criterio que estos servidores públicos en ejercicio de sus funciones adquieren ciertos conocimientos especializados dentro de la misma esfera administrativa, los cuales pueden utilizar desempeñando otros cargos en el sector público donde se requiera de esa experiencia. Una cosa es la experiencia fruto de la práctica y otra distinta, que dada la naturaleza propia del cargo, los auditores no puedan participar en la administración de los asuntos relacionados con los organismos que controlan.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 1076. Electoral Unica Instancia. Actor: José Federico Ospina Galvis.

Procede la Sala a dictar sentencia en este proceso pues no se observan vicios de nulidad que afecten la actuación.

ANTECEDENTES

LA ACCION.–

Pretende el actor de la referencia que por esta Corporación se declare la nulidad del artículo 1 num. 8 del Acuerdo No. 52 de octubre 5 de 1993, en virtud del cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura designó Magistrados para las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales, pero únicamente en cuanto a la designación correspondiente a la magistrada MYRIAM DAZA MAESTRE se refiere.

Igualmente la nulidad del artículo 1 num. 8 del Acuerdo 63 de octubre 22 de 1993 confirmatorio de la anterior designación y como consecuencia de las nulidades, la selección, integración y nombramiento del nuevo Magistrado para el Departamento del Cesar.

HECHOS DE LA DEMANDA.-

"El *petitum* se basa en los siguientes hechos:

1. El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Plena, en desarrollo de funciones constitucionales y legales, previa expedición de múltiples acuerdos de implementación, convocó a inscripción de aspirantes a candidatos de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

2. Para tal efecto, el Consejo Superior, Sala Administrativa, desconociendo preceptos legales y sus propios acuerdos, designó como Magistrada del Consejo Seccional del Departamento del Cesar a la doctora MYRIAM DAZA MAESTRE, quien no cumple con los requisitos legales y reglamentos exigidos para el cargo.

3. De igual manera, contradiciendo criterios reglados para la selección de candidatos y en salas integradas por uno o dos Magistrados y no por la Sala Plena Administrativa, estudió y analizó individualmente las hojas de vida de los aspirantes y procedió a elegir a la doctora DAZA MAESTRE cuando existían candidatos con mejores condiciones profesionales y aptitudes.

4. Este procedimiento originó aclaración de voto y constancia de algunos Magistrados por no ajustarse a las disposiciones legales".

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.-

Como tales se invocan los artículos 122, 256 num. 7 y 257 numeral 3 de la C.N., artículos 4 numerales 6, 8 y 14 del D. 2652 de 1991; artículos 12 y 15 del Acuerdo No. 24 de septiembre 4 de 1992; 1 y 2 del Acuerdo No. 11 de junio 10 de 1993; 3 y 6 del Acuerdo No. 12 de 1993; 3 del Acuerdo No. 46 del 14 de septiembre de 1993 y el Acuerdo No. 51 del 28 de septiembre de 1993, todos del Consejo Superior de la Judicatura.

Explica el concepto de la violación el actor, aduciendo que el procedimiento de selección y designación de los Magistrados de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura hace parte de los reglados, por tanto es de obligatorio cumplimiento. Procedimiento que comprende: convocación a inscripción, inscripción estricto*sensu*, selección dentro de los inscritos, elaboración de terna por los Tribunales respectivos y su envío al Consejo Superior de la Judicatura; estudio o análisis de la hoja de vida de los candidatos, entrevistas y elección.

Agrega, que "la autoridad nominadora deberá comprobar plenamente los requisitos y condiciones consagrados por el ordenamiento jurídico respecto de cada uno de los

aspirantes y dentro de éstos, previo cotejo, análisis y estudio, seleccionar al que mejores condiciones reúna. Se limita desde esta perspectiva la atribución nominadora porque no se trata de escoger con libertad y autonomía sino de seleccionar el candidato o aspirante que dentro de la terna reúna las mejores condiciones para el desempeño del cargo...".

Estima nulos los actos acusados por su deficiente conformación de las ternas, puesto que éstas deben ser completas y reunir las exigencias del artículo 6 del D. 2651 de 1991, norma que al inobservarse fue transgredida por dichos actos, lo mismo que el Acuerdo 03 de 1993 y los artículos 13 y 2 del Acuerdo 11 de junio 10 de 1993.

> "Deficiente análisis y estudio de las condiciones y requisitos para optar a la magistratura por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, pues ello implica la participación no de uno o dos o de varios Magistrados de la Sala sino de todos sus integrantes... transgrediendo por esta virtud el artículo 4 numeral 14 del D. 2652 de 1991 y los artículos 3 del Acuerdo 46 de 1993 y 1 del Acuerdo 51 de 1993, preceptos igualmente desconocidos por la pluralidad de criterios dispares en la selección de los candidatos que mejor hoja de vida presenten con ESCOGENCIA DE QUIENES FRENTE A OTROS EN IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y CONDICIONES REUNIAN MEJORES CONDICIONES O APTITUDES PROFESIONALES".

Las calidades y requisitos para ese cargo son los mismos que se requieren para ser Magistrado del Tribunal Superior, y experiencia administrativa de cuando menos cinco (5) años continuos o discontinuos, en actividades de gestión o ejercicio a nivel ejecutivo o profesional en el sector público o privado, siempre y cuando hayan tenido por objeto primordial la dirección, la planeación, la evaluación, la supervisión y la administración de personal o de recursos materiales, tal como lo señalan los artículos 14 y 15 del Acuerdo 03 de 1993 de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura. Experiencia administrativa que no tiene la Dra. Myriam Helena Daza Maestre por el hecho de haber ejercido el cargo de AUDITOR ESPECIAL de la Contraloría General de la República, con funciones mayores de auditaje, no reuniendo por lo tanto requisitos para ser Magistrada.

CONTESTACION DE LA DEMANDA.–

Notificada por comisionado la demanda, a través de apoderado y en escrito presentado en tiempo (fls. 39 y s.s.), la demandada se opuso a las pretensiones por estar fundada –según estima– en varios supuestos hechos que no son ciertos y ser contrarios a las normas legales que gobiernan la designación de Magistrados de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

Considera el apoderado que en cumplimiento de la competencia asignada por la Constitución y la ley, el Consejo Superior de la Judicatura con el lleno de todos los requisitos y satisfacción del procedimiento establecido, designó a la Dra. Daza Maestre como Magistrada para la Seccional del Cesar, dado que ésta cumplió a su vez la totalidad de los requerimientos para acceder al cargo, aportando las pruebas de sus excelentes calidades.

Agrega, que ninguna disposición constitucional o legal obliga al Consejo Superior de la Judicatura a elegir entre varios candidatos idóneos, a aquel que tenga puntaje o cualidades que pudieran situarlo en el primer lugar de la lista de elegibles y en apoyo de esta afirmación, cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Propone como excepción principal de fondo la "Inexistencia del demandado", consistente en que "el Consejo Superior de la Judicatura no existe como persona jurídica y por consiguiente no puede ser válidamente parte en proceso judicial alguno. Debe ser demandada la Nación Colombiana".

Como subsidiaria formula la de "Indebida representación del demandado" alegando que el presidente de la expresada Corporación aunque sea la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto complejo acusado, no es el representante de la Nación puesto que mediante el artículo 15 numeral 4 del D.L. 2652 de 1991, dicha representación le fue atribuida al Director Nacional de Administración Judicial.

También plantea como nulidad procesal la indebida representación del demandado.

PRUEBAS.–

En auto de febrero 4 de 1994 (fls. 48 y s.s.), se decretaron las que solicitó el demandante y según informe de la secretaría (fl. 56), fueron aportadas en su totalidad.

ALEGATOS DE CONCLUSION.–

Dentro del término establecido en el artículo 236 del C.C.A., tanto el demandante (fls. 59 y s.s.) como el apoderado de la demandada (fls. 67 y s.s.), presentaron alegatos por escrito.

La parte actora discrepa básicamente de las excepciones denominadas "Inexistencia e indebida representación del demandado" aduciendo que el objetivo principal de la acción electoral es atacar el acto de elección o nombramiento y no a una persona jurídica o material en particular. "Por tal razón la acción de nulidad no debe incoarse contra la Nación puesto que lo que se ataca no es la actitud o conducta de la persona (jurídica o natural), sino el acto administrativo por ella producido con violación de la ley

y los reglamentos". Estima que la única persona que debía comparecer al proceso de manera obligatoria era la Dra. Daza Maestre, por ser en últimas la que en estricto sentido podría perjudicar la sentencia. Por ello ni la excepción principal ni la subsidiaria son predicables en estos procesos. En cuanto a lo demás ratifica lo expuesto en la demanda.

El apoderado de la Dra. Daza Maestre solicita pronunciamiento sobre las excepciones. En su defecto, se tengan en cuenta los hechos que considera demostrados, las normas que les sirven de soporte y los planteamientos jurídicos que opone a las súplicas de la demanda.

Seguidamente se refiere a los diversos acuerdos que ha expedido el Consejo Superior de la Judicatura, desde la creación de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales; su integración, convocatoria, solicitudes de los aspirantes, requisitos, etc., hasta la conformación de las ternas por parte de los Tribunales correspondientes, para la escogencia y designación de tales servidores públicos, expresando no entender, en este caso, cuáles son los defectos o vicios contenidos en las ternas a que se refiere la demanda sin ninguna explicación.

Considera parte sustancial del libelo demandatorio la falta de experiencia administrativa por cinco (5) años, que se atribuye a la Dra. Daza Maestre para acceder al cargo de Magistrada, hecho que refuta mediante amplias consideraciones jurídicas y con fundamento en certificación de la Contraloría General de la República, con la cual acredita un lapso superior a cinco (5) años en el cargo de Auditor Especial –Nivel Ejecutivo– grado 06 y se describen las labores que al mismo corresponden, concluyendo que encuadran perfectamente en las previsiones del artículo 15 del Acuerdo No. 03 de 1993.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.-

Es adverso a las súplicas de la demanda al considerar que la terna de la cual formó parte la Dra. Daza Maestre fue bien integrada y por esa razón "no tiene relevancia que el Tribunal Superior de Valledupar no hubiera podido por fuerza mayor integrar la segunda terna, más cuando se precisó en el artículo 13 del Acuerdo 03 de marzo 3 de 1993 que no ha sido cuestionado y por lo cual está vigente, que el no envío de candidatos por algún Tribunal no impide que el Consejo Superior de la Judicatura elija el Magistrado o Magistrados correspondientes".

En lo que atañe con la afirmación sobre deficiente análisis y estudio de los requisitos exigidos para optar a la Magistratura por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con participación no de uno o de dos sino de todos los Magistrados de la Sala, la agencia fiscal conceptúa que en el expediente no hay pruebas que sustenten este cargo, y si bien fueron pedidas y decretadas no se allegaron al proceso.

Sobre la falta de experiencia administrativa por cinco (5) años en los niveles y cargos a que se refiere el Acuerdo No. 03 de mayo de 1993 respecto a la demandada, encuentra el Ministerio Público acreditados no solo este presupuesto sino todos los demás que se exigen para el cargo de Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Nacional de la Judicatura, convicción que le da el examen de las pruebas, acompañadas a la hoja de vida especialmente la constancia expedida por la División de Personal de la Contraloría General de la República (fls. 291 y s.s. cdno. de pruebas).

CONSIDERACIONES

El Procurador Judicial de la parte demandada propone como excepción de fondo la de "Inexistencia del demandado" bajo el argumento de que el Consejo Superior de la Judicatura no existe como persona jurídica y por consiguiente no puede ser válidamente parte en proceso judicial alguno, debiendo ser demandada la Nación.

Como subsidiaria la de "Indebida representación del demandado", aduciéndose que el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, aunque sea la persona de mayor jerarquía en esta entidad, no es el representante de la Nación, pues esta representación en virtud de la ley se le atribuyó al Director Nacional de Administración Judicial.

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 97 del C.P.C., son previas y no de fondo las excepciones propuestas por la demandada.

Es reiterada la jurisprudencia de la Sección –en el sentido de que conforme al artículo 164 del C.C.A.– las excepciones previas no son aducibles en los procesos electorales. La disposición es clara al referirse sólo a las excepciones de fondo, que define como las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. Las previas, que tienen un objetivo distinto, las estudia la Sala como simples irregularidades procesales.

De ese estudio se desprende que no tienen cabida en este proceso las alegadas Inexistencia e indebida representación del demandado. La nulidad de las actas parcialmente impugnadas –en caso de prosperar–, solo afecta a la Dra. Myriam Daza Maestre, quien por pasiva es la única parte procesal y en tal condición le fue notificada personalmente la demanda (fl. 32) conforme a lo dispuesto por el artículo 233 numeral 3 del C.C.A., notificación en virtud de la cual se vinculó al proceso debidamente representada por apoderado judicial quien asumió su defensa.

Ahora, tratándose el *sub-lite* de una acción pública todas las personas fueron legalmente (art. 233 num. 1 *ibídem*) notificadas por edicto.

Estos mismos hechos sirven de fundamento para rechazar la solicitud de nulidad por indebida representación del demandado, recordándose además que conforme al art. 143, inciso 3 del C.P.C., solo la persona afectada puede alegarla.

No existiendo entonces impedimento procesal para resolver en el fondo las pretensiones de la demanda, a ello se procede.

Del análisis sintético de los aspectos que contempla el libelo demandatorio, vale decir, los hechos, las normas que se aducen como violadas y el concepto de violación, se deduce inequívocamente como lo hizo la Procuradora Delegada, que son tres los cargos que formula el actor contra los actos administrativos mediante los cuales, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura designó y confirmó a la Dra. Myriam Daza Maestre, como Magistrada de la Seccional del Departamento del Cesar.

El **PRIMER CARGO** en que se fundamenta la pretensión de nulidad de tales actos, consiste en la deficiente elaboración de las ternas para la antecitada designación, pues se afirma que éstas tienen que ser completas y reunir las exigencias del artículo 6 del D. 2652 de 1991.

A juicio del demandante las previsiones de la norma no se cumplieron, resultando transgredidos además de este precepto, los artículos 13 del Acuerdo No. 03 de 1992 y 2 del Acuerdo No. 11 de junio 10 del mismo año emanados de la entidad nominadora.

Las disposiciones anteriores en su orden, disponen:

"ARTICULO DECIMO TERCERO: Para la integración de la Sala Administrativa cada uno de los Tribunales que funcionan en el correspondiente Departamento, deberá presentar al Consejo Superior de la Judicatura la terna que prevé el artículo 6o. inciso 2o. del Decreto 2652 de 1991. En la conformación de ellas participarán todos los Magistrados con exclusión de aquellos que en virtud de lo dispuesto en el artículo 6o. inciso 4o. del Decreto 2652 de 1991 sean integrantes de la Sala Disciplinaria del respectivo Consejo Seccional.

"Cada una de estas ternas deberá estar acompañada con las correspondientes hojas de vida y las certificaciones y demás documentos pertinentes que den certeza sobre el cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento exige para el ejercicio del cargo.

"El no envío de candidatos por algún Tribunal o la carencia de las pruebas que acrediten aquellos requisitos, no impide que el Consejo Superior de la Judicatura elija el Magistrado o Magistrados correspondientes.

"PARAGRAFO PRIMERO: No podrá hacer parte de ninguna terna de candidatos a Magistrado de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales quien sea Magistrado de cualquiera de las Corporaciones postulantes.

"PARAGRAFO SEGUNDO: Las ternas a que se refiere este artículo deben ser elaboradas dentro del término que señale la Sala de Gobierno del Consejo Superior de la Judicatura una vez obtenidos los resultados del concurso de méritos para la selección de Magistrados de las Salas Disciplinarias Seccionales.

"ARTICULO SEGUNDO: Las ternas correspondientes por cada cargo a proveer deberán ser conformadas y enviadas con la respectiva documentación de los aspirantes, a la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura a más tardar el 30 de julio del presente año.

"Parágrafo. Las ternas se conformarán con sujeción a las disposiciones contenidas en el Acuerdo No. 03 de 1993, esto es, que para cada cargo a proveer se enviará una terna por cada Tribunal".

El cargo en entendimiento de la Sala, hace referencia a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, tal como se desprende del oficio No. 978 de julio 28 de 1993 (fl. 29 cdno. 2), en la conformación de las ternas para la designación de Magistrados de la seccional del Consejo Superior de la Judicatura para el Departamento del Cesar, en una de ellas solo incluyó un aspirante cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 inciso 2 del D. 2652 de 1991 y los acuerdos que lo desarrollan, debió integrarla con el número que la norma indica, o sea tres candidatos. Al no acatarse el mandato legal, se presentó el quebrantamiento normativo.

Para desestimar el cargo, observa la Sala:

Si bien para la designación de Magistrados de la seccional del Consejo Superior de la Judicatura no se presentó debidamente integrada una de las ternas enviadas por el Tribunal Superor del Distrito Judicial de Valledupar, este hecho no es lesivo de las disposiciones que se invocan como transgredidas, porque a pesar de que el artículo 6 inciso 2 del D. 2652 de 1991 dispone la conformación de esas ternas, la previsión de la norma solo logra su materialización, cuando del proceso de selección resulta el número de aspirantes que llenan los requisitos y la hacen posible, pero este propósito se ve frustrado cuando con los aspirantes que resultan legalmente aptos, no se alcanza a completar el número requerido para esa integración.

En el *sub-lite,* el Tribunal Administrativo del Cesar mediante oficio que obra a folios 30 y 31 del cdno. de pruebas, puso a disposición del Consejo Superior de la Judicatura, debidamente integradas, las dos ternas allí elaboradas.

Por su lado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en oficio 978 del 28 de julio de 1993 visto a folio 29 cuad. 2, comunica que solo cuatro (4) de los aspirantes habían reunido requisitos y por tanto, solo se formó una terna con los profesionales: James Enrique García Vargas; Víctor Daniel Ruiz Barrera y Myriam Daza Maestre, quedando "flotante" el nombre del Dr. Alais Habib Molina.

La Dra. Daza Maestre quien a la postre fue una de las designadas, se escogió de la terna integrada, por ello como bien lo anota la distinguida colaboradora del Ministerio Público "no tiene relevancia el que el Tribunal Superior de Valledupar no hubiera podido por fuerza mayor integrar la segunda terna, más cuando se precisó en el artículo 13 del Acuerdo No. 03 de marzo 3 de 1993 que no ha sido cuestionado y por lo cual está vigente, que el no envío de candidatos por algún Tribunal no impide que el Consejo Superior de la Judicatura elija el Magistrado o Magistrados correspondientes".

A lo anterior, debe agregar la Sala que el hecho calificado por el actor como violatorio de las disposiciones que invoca, no está erigido como causal de nulidad en ninguno de los casos que contempla el artículo 223 del C.C.A.

Tampoco constituye falta de condiciones constitucionales o legales para el desempeño del cargo, o hace al candidato inelegible o representa para éste impedimento para acceder al mismo, según la preceptiva del artículo 228 del estatuto citado.

En el **SEGUNDO CARGO** se afirma que hubo deficiente análisis y estudio de las condiciones y requisitos exigidos para optar a la magistratura por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, pues ello implica la participación no de uno o de dos de los Magistrados, sino de toda la Sala, transgrediendo por este hecho las siguientes disposiciones:

Artículo 4 numeral 14 del D. 2651 de 1991, norma que señalaba como una de las funciones de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, "designar a los miembros de los Consejos Seccionales de la Judicatura y a los Directores Seccionales de Administración Judicial, estos últimos de ternas remitidas por el Director Nacional.

Artículo 3 del Acuerdo No. 46 de 1993 que dice: "Durante los días 23 y 24 de septiembre de 1993, la Sala Administradora del Consejo Superior de la Judicatura estudiará y analizará las ternas correspondientes para la provisión de los cargos de Magistrados de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, enviadas por la Presidencia de los Tribunales Superiores y Administrativos".

Artículo 1 del Acuerdo 51 de 1993 que es del siguiente tenor: "Amplíase hasta el viernes 1o. de octubre de este año el término para que la Sala Administrativa realice el análisis de las hojas de vida de los aspirantes a magistrados de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura".

Estos preceptos –se agrega– también fueron "desconocidos por la pluralidad de criterios dispares en la selección de candidatos que mejor hoja de vida presenten con escogencia de quienes frente a otros en igualdad de oportunidades y condiciones reunían mejores condiciones o aptitudes profesionales".

Respecto a la violación de las normas transcritas debe señalar la Sala, en primer lugar que el numeral 14 del artículo 4 del Decreto 2652 de 1991 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia No. C-265 de julio 8 de 1993, o sea que para el momento de expedirse los acuerdos parcialmente demandados (5 y 22 de octubre de 1993) y presentarse la demanda de nulidad (noviembre 4 de 1993), el precepto ya había perdido vigencia, es decir, no era susceptible de sufrir violación por hechos posteriores a tal pronunciamiento.

Ahora, si en la providencia que esa decisión adoptó, se fijaron criterios distintos al del supuesto de la norma por vía de interpretación constitucional, como el que las Salas Administrativa y Disciplinaria deben ser elegidas por la respectiva Sala del Consejo Superior de la Judicatura y no por la Sala Plena, ello no debe entenderse –como lo hace el actor– en el sentido de que la inconstitucionalidad de la norma es solo parcial, puesto que la declaración de la Corte es clara y precisa al determinar su inexequibilidad total.

Tampoco encuentra la Sección que los actos impugnados sean violatorios de los artículos 3 y 1 de los Acuerdos 46 y 51 de 1993.

El primero, se contrae a señalar el término en el cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, debía estudiar y analizar las ternas para la provisión de los cargos de Magistrados para las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales y el segundo, se limita a ampliar ese término, sin que esas disposiciones contemplen condiciones o requisitos para optar a tales cargos, ni determinen los criterios que deben tenerse en cuenta para el proceso de selección; ni señalen el número de magistrados de la Sala Administrativa que debe participar en ese proceso previo a la elección, supuestos básicos que son sobre los que se estructura el cargo, que si no corresponden al supuesto jurídico de los expresados artículos mal puede alegarse respecto a éstos una supuesta violación.

Aunque las razones anteriores son suficientes para la improsperidad del cargo, considera la Sala conveniente observar que los hechos en que se sustenta, no constituyen causal de nulidad electoral conforme al artículo 223 del C.C.A., ni impedimento constitucional o legal para desempeñar el cargo de acuerdo al artículo 228 *ibídem,* en razón de que aquellos en este último evento, no se refieren a falta de calidades o requisitos en la elegida, sino a la forma como se llevó a cabo el proceso de selección para las ternas.

El **TERCER CARGO** se refiere a que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Acuerdo No. 03 de 1993, expedido por la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, los candidatos a Magistrados de los Consejos Seccionales, deben acreditar las mismas calidades y requisitos exigidos para ser Magistrado de Tribunal Superior, y además, los Magistrados de las Salas Administrativas deberán

demostrar cinco (5) años de experiencia administrativa continua o discontinua en actividades de gestión o ejercicio a nivel ejecutivo o profesional, en el sector público o privado siempre y cuando hayan tenido por objeto primordial la dirección, la planeación, la evaluación, la supervisión y la administración de personal o de recursos materiales.

Señala el actor que para el caso específico de la Dra. Myriam Daza Maestre, "su experiencia administrativa se trata de subsanar con el cargo de Auditor Especial de la Contraloría General de la República por 6 años y seis meses..." con lo cual no reúne los requisitos para ser Magistrada violando así los antecitados artículos y el 6 del Decreto 2652 de 1991.

Debe dilucidarse, pues, en este caso si la Dra. Daza Maestre reúne el presupuesto adicional que contemplan las disposiciones que se citan como quebrantadas, referente a cinco (5) años por lo menos de experiencia administrativa, en alguna de las actividades indicadas en el artículo 15 del Acuerdo No. 03 de 1993, o si por el contrario, el orden jurídico fue alterado como lo predica el libelo.

Para el demandante, las funciones ejercidas por la Dra. Daza Maestre, no le dan la experiencia administrativa que exige la norma, puesto que las funciones mayores son de auditaje; actividad que a su juicio se opone por naturaleza a la de administración y gestión "y es el criterio que quien audita no puede coadministrar, su labor –agrega– se reduce exclusivamente a que los procedimientos y gestión de los sí administradores o ejecutores, se ciñan a las exigencias de tipo normativo contable en el manejo, fundamentalmente de los dineros".

Del lado opuesto, el apoderado de la demandada al referirse de manera concreta a este punto que considera la parte sustancial de la demanda, precisa que en la hoja de vida de la Dra. Daza Maestre aparece la constancia de la Contraloría, según la cual, "por más de cinco años desempeñó el cargo de Auditor Especial, Nivel Ejecutivo Grado 6, y en esa misma constancia se describen conforme al manual de funciones y requisitos mínimos de la Contraloría, que sus labores fueron las de programar, dirigir, coordinar, asignar trabajos, asistir y asesorar, refrendar, analizar, velar, solicitar, certificar, notificar, servir de conducto regular, informar y actuar, todo en relación con funciones de auditoría especial, actividades de las dependencias que dirigió y ante las cuales representó al Contralor General, manejo de personal, visitas fiscales, programación de presupuestos, organización de oficinas, relaciones con otras dependencias, etc., conjunto de tareas que se acomodan perfectamente a la exigencia de "gestión o ejercicio a nivel ejecutivo o profesional, en el sector público o privado...".

En efecto, obra en el plenario (fls. 311 y s.s. cdno. 2) prueba idónea no sólo de la constancia a que se refiere el apoderado, sino también a folio 321, constancia de tiempo de servicio, según la cual la demandada ingresó al citado ente fiscal como Auditor Especial, el 14 de noviembre de 1984 y se retiró el 31 de mayo de 1991.

Se encuentra, entonces, plenamente demostrado en el proceso, que la Dra. Myriam Daza Maestre se desempeñó por más de cinco (5) años y de manera continua en el cargo de Auditor Especial –Nivel Ejecutivo– grado 6, en la Contraloría General de la República.

En sentir de la Sala, el ejercicio de este cargo por el término mencionado, llena las expectativas de las normas que tal exigencia hacen. En su desempeño se adquieren conocimientos especializados basados en la práctica, que conllevan indudablemente a que en ese lapso de tiempo, se obtenga la experiencia administrativa necesaria, señalada como requisito adicional a los ya establecidos, para asumir como Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura, Sala Administrativa".

Para el aserto anterior se tiene en cuenta la diversidad de funciones que de acuerdo al respectivo manual, le corresponde cumplir al premencionado auditor. Funciones que comprenden toda una gama de actividades desarrolladas por un organismo del Estado, que en su conjunto responden al concepto de "gestión o ejercicio" a nivel ejecutivo en el sector público y a los de planeación, evaluación, supervisión y administración de personal o recursos materiales. La Sala encuentra acertadas las explicaciones que sobre el punto hace el apoderado del demandado y las conclusiones de la Procuradora Delegada que las reafirma cuando expone:

> "Si la doctora Daza Maestre en su cargo de Auditor Especial Nivel Ejecutivo Grado 6 programó, dirigió y coordinó las labores de auditoría sobre los fondos, valores y bienes de los organismos ante los cuales estuvo destacada, queda comprobado que evaluó y supervisó recursos materiales, y si asignó trabajos a los funcionarios de la auditoría y tuvo la organización de su despacho, impartiendo para ello las instrucciones pertinentes y evaluó sus trabajos, también queda demostrado que tuvo la dirección, la planeación, la evaluación, la supervisión y la administración de personal, exigidos en el citado Acuerdo No. 03 de 1993, por lo cual reunió los requisitos exigidos para acceder al cargo de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura del Departamento del Cesar".

Ahora bien, sostiene el demandante que quien audita no puede coadministrar y que el auditaje se opone por naturaleza a la gestión y administración.

Con el primer punto está de acuerdo la Sala, los auditores de las Contralorías –en este caso– no son coadministradores, pero respecto al segundo está en desacuerdo y contrariamente a lo afirmado, es del criterio que estos servidores públicos en ejercicio de sus funciones adquieren ciertos conocimientos especializados dentro de la misma esfera administrativa, los cuales pueden utilizar desempeñando otros cargos en el sector público donde se requiera de esa experiencia. Una cosa es la experiencia fruto de la práctica y otra distinta, que dada la naturaleza propia del cargo, los auditores no

puedan participar en la administración de los asuntos relacionados con los organismos que controlan.

La norma que contempla el requisito, exige de manera pura y simple "cinco años de experiencia administrativa" y esta exigencia, en el caso de la Dra. Daza Maestre, se acreditó plenamente, por ello el **cargo no tiene prosperidad.**

Finalmente, el demandante de manera general frente a los hechos examinados, cita como violado el artículo 122 de la C.N., sin concretar cuál de los cinco incisos es el infringido, o si lo son todos, ni el motivo específico de la violación.

También dice que se quebrantaron los artículos 256 numeral 7 y 257 numeral 3 de la Carta "porque el ordenamiento establece funciones precisas al Consejo Superior de la Judicatura con respecto a los reglamentos necesarios que expida".

Respecto al primero no se sabe a qué atribución de las que corresponden al Consejo Superior de la Judicatura se refiere el actor, pues el artículo 256 después de hacer relación específica de algunas, dice en el numeral 7 "las demás que señale la ley" y este es el que se señala infringido.

Ahora, en cuanto a la segunda disposición (art. 257 - 3), el demandante se limita a señalar que establece funciones con relación a los reglamentos que expida el Consejo, pero no indica cuál es el motivo de la violación.

Señala además, el artículo 4 en sus numerales 6, 8 y 14 del D. 2652 de 1991, disposiciones que fueron declaradas inexequibles, mediante la sentencia No. C-265 de julio 8 de 1993 dictada por la Corte Constitucional, antes de expedirse los acuerdos demandados, por lo que dada su pérdida de vigencia no podían resultar afectados como atrás se advirtió.

Por último, los artículos 12 y 15 del Acuerdo No. 24 de 1992; 13, 14 y 15 del Acuerdo No. 03 de mayo de 1993; 1 y 2 del Acuerdo No. 11; 3 y 6 del Acuerdo No. 12; 3 del Acuerdo No. 46 y el Acuerdo No. 51, todos de 1993. El demandante solo los invoca pero no los relaciona con hecho alguno en especial, lo que impide al menos tener una información que justifique y posibilite un estudio y consecuentemente un pronunciamiento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto de la Procuradora Delegada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

En firme este proveído, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE.

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.

puedan participar en la administración de los asuntos relacionados con los organismos que controlan.

La norma que contempla el requisito, exige de manera pura y simple "cinco años de experiencia administrativa" y esta exigencia, en el caso de la Dra. Daza Maestre, se acreditó plenamente, por ello el **cargo no tiene prosperidad.**

Finalmente, el demandante de manera general frente a los hechos examinados, cita como violado el artículo 122 de la C.N., sin concretar cuál de los cinco incisos es el infringido, o si lo son todos, ni el motivo específico de la violación.

También dice que se quebrantaron los artículos 256 numeral 7 y 257 numeral 3 de la Carta "porque el ordenamiento establece funciones precisas al Consejo Superior de la Judicatura con respecto a los reglamentos necesarios que expida".

Respecto al primero no se sabe a qué atribución de las que corresponden al Consejo Superior de la Judicatura se refiere el actor, pues el artículo 256 después de hacer relación específica de algunas, dice en el numeral 7 "las demás que señale la ley" y este es el que se señala infringido.

Ahora, en cuanto a la segunda disposición (art. 257 - 3), el demandante se limita a señalar que establece funciones con relación a los reglamentos que expida el Consejo, pero no indica cuál es el motivo de la violación.

Señala además, el artículo 4 en sus numerales 6, 8 y 14 del D. 2652 de 1991, disposiciones que fueron declaradas inexequibles, mediante la sentencia No. C-265 de julio 8 de 1993 dictada por la Corte Constitucional, antes de expedirse los acuerdos demandados, por lo que dada su pérdida de vigencia no podían resultar afectados como atrás se advirtió.

Por último, los artículos 12 y 15 del Acuerdo No. 24 de 1992; 13, 14 y 15 del Acuerdo No. 03 de mayo de 1993; 1 y 2 del Acuerdo No. 11; 3 y 6 del Acuerdo No. 12; 3 del Acuerdo No. 46 y el Acuerdo No. 51, todos de 1993. El demandante solo los invoca pero no los relaciona con hecho alguno en especial, lo que impide al menos tener una información que justifique y posibilite un estudio y consecuentemente un pronunciamiento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto de la Procuradora Delegada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

En firme este proveído, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE.

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.

TELECOM/LIQUIDACION OFICIAL DE IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/TITULO EJECUTIVO/RECURSOS EN LA VIA ADMINISTRATIVA/PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA–Improcedencia/**VIA GUBERNATIVA**

Cuando la parte ejecutada expone como fundamento de los medios exceptivos, la existencia de disposiciones y razones por las cuales no puede considerarse a la empresa como sujeto pasivo del impuesto o que la actividad misma no está sometida al gravamen, se deduce claramente que tales argumentos debieron proponerse y en efecto lo fueron, dentro de los recursos que por la vía gubernativa cabían contra la determinación del gravamen, habiendo sido rechazados en tal oportunidad, no siendo de recibo proponerlos de nuevo dentro del presente juicio, conforme lo establece el artículo 561 del C. de P. C.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0378. Actor: Municipio de Valledupar- C/Empresa de Telecomunicaciones - Telecom. Excepciones.

Procedente de la Tesorería de Rentas Municipal y División de Ejecuciones Fiscales de Valledupar, ha llegado el proceso de la referencia, a efecto de resolver las excepciones propuestas por la parte ejecutada contra el auto de mandamiento de pago proferido por el Despacho Ejecutor referido, el 29 de noviembre de 1993 (fls. 52 y 53).

ANTECEDENTES

A fl. 13, la Alcaldía Mayor de Valledupar resolvió ordenar el registro de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" y liquidar por aforo el Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros a cargo de ésta. Contra esta providencia sólo procedía el recurso de reconsideración (fls. 13 y 14).

La apoderada de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones interpuso el recurso arriba mencionado (fls. 18 a 20), el cual fue declarado inadmisible por la Secretaría de Hacienda Municipal de Valledupar –División de Impuestos Municipales de Valledupar–, mediante auto fechado el 15 de septiembre de 1993 (fl. 30).

Mediante escrito presentado el 27 de septiembre del mismo año, la apoderada de TELECOM presentó recurso de reposición y, en subsidio el de apelación contra este último auto (fls. 39 a 41). Por su parte, la Secretaría de Hacienda Municipal –División de Impuestos Municipales–, resolvió admitir el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución que ordena el registro y se liquida de aforo el Impuesto de Industria y Comercio y Avisos a nombre y a cargo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" (fls. 43 a 44).

En auto fechado el 12 de octubre de 1993, la División de Impuestos Municipales de Valledupar resolvió confirmar en todas sus partes la providencia inicial que obra a fl. 13, mediante Resolución No. 007 (fls. 45 a 49).

A fl. 52, la Tesorería de Rentas Municipal y División de Ejecuciones Fiscales de Valledupar resolvieron librar orden de pago por jurisdicción coactiva por el trámite del proceso ejecutivo de mayor cuantía a favor del Tesoro Municipal de Valledupar y a cargo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" por la suma de $52.152.158, más intereses y las costas originadas en el proceso (fls. 52 y 53) el 29 de noviembre de 1993.

En auto fechado el 9 de diciembre del mismo año, el despacho ejecutor referido decretó el embargo y retención de la tercera parte de los dineros que tenga o llegare a tener en cuentas corrientes, depósitos a término o por cualquier otro concepto en los bancos de la ciudad la empresa ejecutada, limitando la suma hasta la cuantía del cobro (fl. 55).

Mediante escrito presentado por la apoderada de TELECOM (poder visible a fl. 64) se solicita a la Jefe de División de Ejecuciones Fiscales del Municipio de Valledupar la entrega de los titulos judiciales expedidos por el Banco Popular y que reposan en el expediente, en razón a la orden de desembargo decretada por ese Despacho mediante auto fechado el 15 de diciembre de 1993. Igualmente reitera la solicitud en el sentido de fijar el monto de la caución para constituir la garantía fundamentada en el art. 519

del C. de P. C. (fl. 77). Mediante auto fechado el 27 de diciembre del mismo año, se procedió a entregar al demandado el excedente contenido en el título judicial J1644969, ya que la obligación se encuentra satisfecha con el título judicial No. 51561-4 (fl. 78).

El 28 de diciembre de 1993, se presentó en la División de Ejecuciones Fiscales escrito de excepciones, a saber (fls. 81 a 84):

1. ILEGITIMACION EN LA CAUSA: La naturaleza jurídica de TELECOM y de acuerdo a la actividad que presta, no está clasificada como sujeto pasivo de este impuesto, con base en las siguientes razones:

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones fue creada y organizada mediante las Leyes 6a. de 1943 y 83 de 1945 y los Decretos 1684 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1954, 1635 de 1960 y 3267 de 1963.

El Decreto 1184 de 1969 establece que se trata de un establecimiento público del orden nacional, por lo cual, goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Mediante el Decreto 2123 de noviembre 29 de 1992 se reestructuró TELECOM transformándole en empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, por lo cual, se le aplica el régimen contenido en los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y demás disposiciones pertinentes.

TELECOM fue creada para prestar un servicio público, y de acuerdo con el art. 43 del Decreto 3130 de 1968 "Los establecimientos públicos como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación". Por lo anterior, es fácil concluir la violación de estas leyes.

Se violó el art. 363 de la C.N. por cuanto existe inobservancia de los principios de retroactividad y legalidad de los tributos. El art. 170 del Decreto 153 de junio 10 de 1993 establece la obligación de declarar y pagar el impuesto de industria y avisos anualmente. La liquidación que nos ocupa se refiere al gravamen por el año de 1992, pretendiendo así la administración hacer retroactiva la norma tributaria, contrariando el principio constitucional.

El art. 338 de la Carta Magna fue transgredido toda vez que se liquida un impuesto a cargo de TELECOM, sin que exista norma que lo clasifique como contribuyente de industria y comercio o que clasifique su actividad como gravada con éste.

El art. 313, num. 4o. de la Constitución Nacional, fue desconocido, ya que no existe disposición constitucional, ni legal que obligue a TELECOM a cancelar el Impuesto

de Industria y Comercio, y por tanto, mal puede la Alcaldía Municipal de Valledupar imponer este gravamen a la ejecutada.

2. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION: Se fundamenta en el hecho de que TELECOM, como parte demandada, no es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio, por lo cual no se encuentra gravada. El art. 36 de la Ley 14 de 1983 mal podría gravar con este impuesto a los servicios públicos dado que estos no son actividades de carácter comercial o de servicios, que son los gravados por el mencionado artículo.

Durante el término de traslado a las partes para presentar alegatos, la apoderada de la Empresa Nacional de Comunicaciones TELECOM se remitió a los argumentos expuestos en el escrito de excepciones presentado a fl. 81.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo señalado en el art. 128-13 del C.C.A., en concordancia con el 265 *ibídem*, esta Corporación es competente para conocer de las excepciones propuestas por la parte demandada y a ello se procede:

El art. 68 del C.C.A., en su num. 3o., prevé que prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales a cargo de los contribuyentes, o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme, en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria.

La liquidación oficial del impuesto de industria y comercio y avisos que en este caso sirvió de título ejecutivo, es una providencia de carácter administrativo que conlleva ejecución, pues la obligación clara, expresa y actualmente exigible contenida en ella permite demandar su cumplimiento por vía ejecutiva coactiva conforme a la correspondiente regulación que aparece 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 (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo o a la del auto que resuelva sobre su reposición confirmándolo o reformándolo, el demandado podrá proponer en escritos separados excepciones previas y de mérito, expresando los hechos en que se funden. A los escritos deberán acompañarse los documentos 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 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; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y de la pérdida de la cosa debida. Cuando la ejecución se adelante como lo dispone el inciso primero del artículo 335, no podrán proponerse excepciones previas".

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, sino el fundamento en el que se sustenten, por no considerar del caso descartar el estudio de una excepción por el solo 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 las excepciones, tanto por la forma en que aparecen nominadas, ilegitimación en la causa e inexistencia de la obligación, como por el fundamento en que se apoyan, y que se reseñó en otro aparte de la providencia, no son susceptibles de proponerse en esta clase de juicios, motivo por el cual deben de ser rechazadas.

En efecto, cuando la parte ejecutada expone como fundamento de los medios exceptivos, la existencia de disposiciones y razones por las cuales no puede considerarse a la empresa como sujeto pasivo del impuesto o que la actividad misma no está sometida al gravamen, se deduce claramente que tales argumentos debieron proponerse y en efecto lo fueron, dentro de los recursos que por la vía gubernativa cabían contra la determinación del gravamen, habiendo sido rechazados en tal oportunidad, no siendo de recibo proponerlos de nuevo dentro del presente juicio, conforme lo establece el art. 561 del C. de P. C. ya citado.

En este orden de ideas las excepciones propuestas deben ser rechazadas por improcedentes.

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:

Recházanse por improcedentes las excepciones denominadas ilegitimación en la causa e inexistencia de la obligación.

Continúe la ejecución y devuélvase a la Oficina correspondiente.

Condénase en costas al excepcionante, las cuales serán tasadas junto con el crédito principal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha nueve (9) de junio 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.

CONTRALOR–Eleccción/**CONTRALOR**–Requisitos/**TERNA/ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**–Facultades/**CONCEJO DISTRITAL**–Facultades/**NULIDAD ELECTORAL**

E1 artículo 272 de la C.N., al conferir facultades a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Distritales y Municipales para la elección de Contralor, establece para que el acto tenga validez, un presupuesto previo y fundamental de obligatorio cumplimiento; la conformación de terna por parte del Tribunal Superior del Distrito y correspondiente Contencioso Administrativo. La terna tiene por objeto, no solo como se dijo antes alejar las influencias políticas de la elección, sino que, previo un proceso de selección, quede integrada con las personas más aptas para que de allí la Corporación correspondiente pueda elegir Contralor. Es entonces indispensable que los nombres de los candidatos a esa investidura, aparezcan en una terna para que puedan ser tenidos en cuenta, o sea que si quien aspira no figura en aquella, no puede ser elegido porque no reúne la condición impuesta por la norma superior, condición que implica previamente debe acreditar reúne ciertas calidades inherentes a la persona misma del aspirante, puesto que es él quien debe demostrar ante los Tribunales Superior y Administrativo, los requisitos constitucionales y legales para que sea incluido en la terna. En el *sub-lite* al elegir el Concejo al ciudadano como Contralor del Municipio, no había cumplido la condición de rango constitucional. Por tanto, éste no podía acceder a esa investidura a fin de suplir la vacancia definitiva presentada en el cargo por renuncia de quien fuera elegida para el período legal. Pero como la Corporación local ignoró la condición y produjo el acto, éste quedó afectado de nulidad por violación del artículo 272 inciso 4o. de la C.N., nulidad que en ejercicio de la acción pública puede solicitarse, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 228 del C.C.A.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Quinta.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 1109. Actor: Oscar Palomar Villanueva. Electoral - Segunda Instancia.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora (fl. 88) contra la sentencia que en primera instancia, declaró la nulidad del acto demandado.

ANTECEDENTES

LA ACCION.–

Ante el Tribunal Administrativo del Valle, el ciudadano OSCAR PALOMAR VILLANUEVA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral hizo los siguientes pedimentos:

"PRIMERO.– Que es NULO el acto del CONCEJO MUNICIPAL DE YUMBO, celebrado en su sesión del 2 de septiembre de 1993, y que consta en el acta No. 010 de la misma fecha, por el cual procedió a la elección de Contralor Municipal nombramiento recaído en la persona del Dr. HUMBERTO VASQUEZ, para el período comprendido entre el dos (2) de septiembre de 1993 y el 31 de diciembre de 1994, en vista de la renuncia de la Dra. RUTH CAMPO.

SEGUNDO.– Que, como consecuencia de la declaración anterior, el H. Tribunal ordene una nueva elección previa conformación de una terna integrada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle, como lo dispone el artículo 272 inciso 4 de la Constitución Nacional".

FUNDAMENTOS DE LA ACCION

Los sintetiza la Sala así: De ternas bien conformadas, el Concejo Municipal de Yumbo eligió a la Dra. RUTH CAMPO como Contralora de este Municipio, para el período 1992 - 1994.

Por haber cumplido dicha funcionaria con el primer año de ejercicio los requisitos para adquirir su pensión de jubilación, presentó renuncia del citado cargo.

Ante esa eventualidad el Concejo de Yumbo, sin solicitar a los Tribunales Judicial y Contencioso del Valle la conformación de las ternas como lo manda el artículo 272

de la C.N., procedió a elegir al Dr. HUMBERTO VASQUEZ como Contralor del citado municipio para el período de septiembre 2 de 1993 al 31 de diciembre de 1994.

El Concejo de Yumbo con tal proceder se "abrogó" facultades que no le han sido atribuidas por la Constitución o la ley, calificando los requisitos que se deben cumplir para ser Contralor y desconocer el mandato legal respecto a las ternas; pues según el actor, correspondía al Alcalde popular hacer el nombramiento provisional y notificar a los Tribunales Judicial y Contencioso para que las conformaran y así procediera la Corporación edilicia a elegir.

En el libelo demandatorio se solicitó suspensión provisional del acto acusado, la cual fue negada por el *a-quo*.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El impugnante, abogado LUIS FERNANDO SANCHEZ MAFLA se opuso a las pretensiones del actor, con fundamento en que el artículo 272 de la C.N., no se ocupó de regular situaciones distintas a las de elección para período de Contralores Departamentales o Municipales por las respectivas Asambleas o Concejos, estableciéndose un vacío jurídico en lo referente a la forma de proveer las ausencias definitivas o temporales que se presenten en el ejercicio de estos cargos, "como tampoco la norma constitucional previó la conformación de nuevas ternas para cuando se agote la inicialmente presentada, que a la postre, vino a ser subsanado mediante la Ley 42 de 1993...".

"Y de conformidad con las normas y principios de la hermenéutica jurídica, por regular la forma de proveer las ausencias definitivas y temporales sólo puede entenderse que la ley difirió a los Concejos Municipales las facultades de establecer los procedimientos o reglamentar la forma como deben suplirse estas ausencias definitivas y temporales. Es entonces, precisamente, en ejercicio de esta facultad conferida por la Ley 42 de 1993, que el Concejo Municipal de Yumbo, aprobó el Acuerdo No. 0019 de junio 18 de 1993, mediante el cual regula la forma de proveer el cargo de Contralor por ausencia definitiva o absoluta plasmada en su articulado en forma clara y definida cada una de las ausencias, con el fin de que cuando ocurra este evento, no se entorpezca o paralice el funcionamiento de la Administracion".

LA SENTENCIA APELADA

(fls. 79 y s.s.)

El Tribunal Administrativo del Valle al fundamentar las decisiones adoptadas en el fallo, mediante las que acogió las pretensiones demandadas señaló que los artículos 272 de la C.N., y 69 de la Ley "43" (sic) de 1993 y el Acuerdo No. 0019 de junio 18

del mismo año expedido por el Concejo Municipal de Yumbo, deben conciliarse con el espíritu que se quiso imprimir a la norma constitucional y que fue entre otros, una de las razones que justificó el proceso de convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, de evitar la injerencia de las corporaciones de elección popular en los organismos de control.

Entendió el *a-quo* bajo la anterior premisa que, "procedía para el Concejo del Municipio de Yumbo en desarrollo del precepto legal y sin violar el espíritu y razón de la norma constitucional el haber establecido en razón de las vacancias definitivas o absolutas que se presentaren el nombramiento en interinidad por parte del señor Alcalde Municipal y la notificación de tal hecho a los Tribunales Superior y Contencioso para integrar la respectiva terna y someterla como lo establece el artículo 272 de la Constitución Nacional al Concejo Municipal para proceder a la elección de Contralor en propiedad, por el resto del período, quedando así ajustada la situación a la hermenéutica del texto superior.

Como así no se procedió –agrega el Tribunal– el acto demandado es nulo por violación del inciso 4 del artículo 272 de la C.N.

EL RECURSO DE APELACION

Lo sustenta el impugnante a folios 89 y s.s., con similares planteamientos a los hechos en el escrito de contestación a la demanda.

Básicamente muestra su inconformidad con la interpretación que se hace en el fallo, en el sentido de que "deben conciliarse con el espíritu de la norma constitucional", el artículo 69 de la Ley 42 y el Acuerdo 0019, antecitados, dado que –afirma el recurrente– "no se concilian las citadas normas sino que se excluye, negándole toda aplicación al artículo 69 de la Ley 42 de 1993".

Explica este último aporte señalando "que es principio general de interpretación normativa o hermenéutica jurídica, que en la labor de determinar el contenido y alcance de una norma, debe preferirse o establecerse la interpretación en la cual la norma tenga aplicabilidad, desechándose aquellas en que sea letra muerta, como acontece en la interpretación del Tribunal que desconoce su contenido y le niega toda aplicación al artículo 69 de la Ley 42 de 1993".

Finalmente aduce que no hay norma legal que consagre el procedimiento para que el Alcalde nombre Contralor interino y notifique a los Tribunales respectivos para que procedan a integrar las ternas para la elección en el evento de ausencias definitivas.

El recurrente también presentó alegato de conclusión (fls. 99 y s.s.). Afirma en éste que la demanda no establece con la debida precisión el acto acusado, pues este

tiene como fundamento jurídico el Acuerdo 0019 de junio 18 de 1993 y el artículo 69 de la Ley 42 del mismo año, que son normas vigentes y cobijadas o comprendidas por una presunción de legalidad y constitucionalidad, razón por la cual la demanda debió dirigirse contra las anteriores disposiciones y no contra el acto de elección, utilizando otras vías procesales. Agrega que dicho acto no encuadra dentro de ninguna de las causales de nulidad taxativamente establecidas en el artículo 228 del C.C.A.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Solicita en su concepto de fondo la colaboradora del Ministerio Público, se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

Estima que si bien el artículo 272 de la C.N., previó la forma como debe efectuarse la elección de Contralor ya sea Departamental o Municipal cuando se inicia el respectivo período, no lo hizo en los eventos de ausencias temporales o definitivas.

Considera que el vacío lo llenó la Ley 42 de 1993 al disponer en su artículo 69 que las Asambleas y los Concejos regularan por medio de ordenanzas y acuerdos la forma de proveer las ausencias definitivas y temporales de los Contralores de las entidades territoriales y que en virtud de esta disposicion el Concejo Municipal de Yumbo dictó el Acuerdo 0019 de 1993 que en su artículo segundo dijo: "Cuando surja la vacancia definitiva o absoluta, la provisión de cargo de Contralor la hará el Concejo cuando esté en sesiones".

Del estudio de estas normas se deduce la no transgresión del artículo 272 de la C.N.

Conocidos entonces claramente los antecedentes de hecho y de derecho en este proceso y no observándose causal alguna que vicie la actuación, procede seguidamente el examen de fondo.

CONSIDERACIONES

El artículo 272 de la C.N., que invoca el actor como transgredido en el caso *sub-exámine,* establece un principio rector en materia de elección de contralores. Según esta regla, a las Asambleas, Concejos Distritales y Municipales, corresponde elegir Contralor para período igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Tuvo como propósito el constituyente al dictar esta norma, no solo que las Contralorías de las antecitadas entidades territoriales fueran organizadas con un carácter técnico dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, sino que la elección de su titular, es decir, el Contralor, por parte de la Asamblea Departamental

o el respectivo Concejo, según el caso, estuviera precedida de criterios de selección por entidades ajenas al quehacer político, evitando así injerencias en este sentido de parte de grupos o movimientos con representación en la Corporación de origen electoral.

Siendo entonces este el espíritu del canon constitucional comentado, no debe entenderse que en la práctica el principio solo tenga operancia para la elección de contralor en la iniciación del período y no cuando en el transcurso del mismo, surja la ausencia definitiva del titular y deba procederse a su reemplazo mediante la elección de un nuevo Contralor para que lo culmine. En uno y otro caso, la razón constitucional es idéntica. No tendría lógica ésta si para suplir esa ausencia se desconociera el principio y se procediera a la elección sin la conformación de la terna; si así se procede el acto en que esa declaración se haga debe quedar viciado de nulidad por desacato del ordenamiento superior.

La parte impugnadora en el libelo de contestación de la demanda y en posteriores actuaciones, alega que el artículo 272 de la C.N., dejó un vacío jurídico referente a la forma de proveer las ausencias definitivas o temporales que se presenten en el ejercicio de esos cargos. Que tampoco previó la conformación de nuevas ternas para cuando se agote la inicialmente presentada.

La Sala como quedó visto no comparte la reiterativa tesis del impugnante, pues es su criterio que la disposición constitucional cobija también las ausencias definitivas que se presenten en el transcurso del período.

Y cabe observar, que ni el artículo 69 de la Ley 42 de 1993 mediante el cual se otorgaron facultades a las Asambleas y Concejos para regular por medio de ordenanzas o acuerdos la forma de proveer esas ausencias definitivas, ni el Acuerdo 0019 de junio 18 de 1993 expedido por el Concejo de Yumbo, Valle, en desarrollo de esa facultad, se sustraen al mandato constitucional. En ninguna de estas normas se excluye la terna. La disposición legal se remite a las facultades y el acuerdo en su artículo segundo, que es el fundamento jurídico de la tesis del impugnador, se limita a establecer que en el evento de vacancia definitiva o absoluta, la provisión del cargo de Contralor la hará el Concejo, cuando esté en sesiones.

Dada la claridad de este artículo no cabe interpretación que vaya más allá del supuesto jurídico, el cual es compatible con la norma constitucional que se considera agraviada, pues se circunscribe a reafirmar la facultad del Concejo para la elección de Contralor en caso de vacancia definitiva, tal como se desprende del espíritu mismo de la Carta, sin referirse a que la elección pueda hacerla el Concejo sin el requisito de la terna, que como atrás se indicó es presupuesto básico para la legalidad de la elección en el evento en que se de la antecitada vacancia.

La Sala está de acuerdo con el *a-quo* cuando considera que las normas en las que se apoya la parte impugnadora para oponerse a la demanda, deben interpretarse armónicamente con el artículo 272 de la C.N. Pero no comparte el segundo argumento en que basó su decisión, visto a folio 85, según el cual en desarrollo del precepto legal –parece referirse al art. 69 de la Ley 42 de 1993–, se debió establecer en el acuerdo y ante la ocurrencia de la vacancia definitiva, el nombramiento de Contralor en interinidad por parte del Alcalde Municipal mientras se cumplía el trámite para la elección por el Concejo, considerando que como así no procedió, el acto demandado era nulo por violación del inciso 4 del artículo 272 de la C.N.

El planteamiento como base de lo decidido es equivocado, porque está dirigido a cuestionar un acto (Acuerdo 0019) que si bien se allegó como prueba de lo en él contenido, no lo fue por supuestas omisiones en su expedición, sustrayéndose el *a-quo* del examen del cargo formulado al acto impugnado consistente en que no se conformó terna para la elección del Contralor que debía agotar el período iniciado por la Dra. Ruth Campo y ante la renuncia de ésta.

Tampoco comparte la Sala el concepto emitido por la distinguida colaboradora del Ministerio Público, en contraposición con lo expuesto *ab-initio* de estas consideraciones.

Respecto a lo afirmado por el recurrente de que el acto de elección del Dr. HUMBERTO VASQUEZ como Contralor de Yumbo, no se encuadra dentro de ninguna de las causales de nulidad taxativamente establecidas en el artículo 228 del C.C.A., el criterio de la Sala es el siguiente: El citado precepto señala: "cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial".

En primer lugar hay que entender que la afirmación del recurrente, se refiere obviamente al cargo formulado al acto de elección, es decir a la inobservancia de la terna.

El artículo 272 de la C.N., al conferir facultades a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Distritales y Municipales para la elección de Contralor, establece para que el acto tenga validez, un presupuesto previo y fundamental de obligatorio cumplimiento: la conformación de terna por parte del Tribunal Superior del Distrito y correspondiente Contencioso Administrativo.

La terna tiene por objeto, no solo como se dijo antes alejar las influencias políticas de la elección, sino que, previo un proceso de selección, quede integrada con las personas más aptas para que de allí la Corporación correspondiente pueda elegir Contralor.

Es entonces indispensable que los nombres de los candidatos a esa investidura, aparezcan en una terna para que puedan ser tenídos en cuenta, o sea que si quien aspira no figura en aquella, no puede ser elegido porque no reúne la condición impuesta por la norma superior, condición que implica previamente debe acreditar reúne ciertas calidades inherentes a la persona misma del aspirante, puesto que es él quien debe demostrar ante los Tribunales Superior y Administrativo, los requisitos constitucionales y legales para que sea incluido en la terna.

En el *sub-lite* al elegir el Concejo al ciudadano Humberto Vásquez como Contralor del Municipio de Yumbo, no había cumplido la condición de rango constitucional. Por tanto, éste no podía acceder a esa investidura a fin de suplir la vacancia definitiva presentada en el cargo por renuncia de quien fuera elegida para el período legal. Pero como la Corporación local ignoró la condición y produjo el acto, este quedó afectado de nulidad por violación del artículo 272 inciso 4 de la C.N., nulidad que en ejercicio de la acción pública puede solicitarse, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 228 del C.C.A.

Deberá entonces confirmarse la sentencia recurrida, con las salvedades hechas en relación con su motivación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en desacuerdo con la Procuradora Delegada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE y en firme este proveído VUELVA el expediente a su lugar de origen.

PUBLIQUESE.

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.

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE ACTORES

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1994

(Segunda Parte)

	Página
AEROEXPRESO BOGOTA S.A.	897
ALFREDO LEWIN FIGUEROA Y HECTOR JULIO BECERRA BECERRA	542
AMIANTUS A.G.	858
ANTEX OIL & GAS COMPANY INC.	289
ARMIN TORRES MAHECHA	752
ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA	503
AUTOBOCELES LTDA.	770
B. J. SERVICES COMPANY S.A.	945
BANCO DE COLOMBIA S.A.	452
BANCO DE LA REPUBLICA	557
BANCO DE OCCIDENTE	874
BAVARIA S.A.	735
BLANCA CECILIA MORENO Y OTROS	153
CARLOS ALFREDO RAMIREZ	915
CARLOS FERNANDO OSSA GIRALDO	675
CERVECERIA DEL LITORAL S.A.	444
COMPAÑIA BOGOTANA DE GAS	809
COMPAÑIA COLOMBIANA DE ALIMENTOS S.A. "CICOLAC"	939
COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS S.A. "COLTEJER"	909
COMPAÑIA DE ELECTRICIDAD DE TULUA S.A.	16
COMPAÑIA PARA INVERSIONES Y EXPORTACION DE FACTORIAS INDUSTRIALES S.A.	494
CON-CONCRETO INGENIEROS CIVILES S.A. O CONCONCRETO S.A.	891

	Página
CONTRALORIA DE SANTAFE DE BOGOTA	990
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA "LAS VILLAS"	646
DERIVADOS DEL MAIZ S.A.	658
DISTRAL S.A.	625
EUGENIO MEJIA RESTREPO Y OTRO	236
FELIPE BULA GUTIERREZ	964
FELIX FRANCISCO HOYOS LEMUS	779
FERNANDO MATIZ ESPINOSA	162
GASES INDUSTRIALES S.A. "CRYOGAS S.A."	618
GASPAR CABALLERO SIERRA	200
GERMAN CAVELIER GAVIRIA	112
GONZALO ANTONIO ACEVEDO FRANCO	128
GRAN CADENA DE ALMACENES COLOMBIANOS S.A.	573
GUILLERMO LOPEZ NARVAEZ	843
GUILLERMO MORENO CRUZ Y OTROS	176
HECTOR RAUL CORCHUELO NAVARRETE	593
INMOBILIARIA CACERES Y FERRO	531
INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION "INRAVISION"	967,973
INVERSIONES VENECIA INVENSA S.A.	925,934
INVERSIONES Y CREDITO COLSEGUROS S.A.	682
IVAN JOSE RODRIGUEZ Y OTRO	327
JAIME URIBE Y ASOCIADOS LTDA.	866
JARAMILLO TOULEMONDE PUBLICIDAD LTDA.	761
JESUS PEREZ GONZALEZ RUBIO	109
JORGE LUIS RESTREPO MONTOYA Y OTROS	105
JOSE ANTONIO ORTIZ	97
JOSE BERNEY RAMIREZ GUZMAN Y OTROS	65
JOSE FEDERICO OSPINA GALVIS	994
JUAN DE JESUS ALVAREZ LIZARAZO	78
JUAN JOSE BONILLA MONTUA	87
JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA	587
LA NACION - MINMINAS Y ENERGIA	321
LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS	207
LA NACIONAL DE SERVICIOS LIMITADA "NASER LTDA."	784

	Página
LAUREANO GOMEZ ROBAYO	905
LEONARDO SOLARTE Y OTROS	9
LIGIA SARMIENTO DE PEÑA	539,815
LUIS CARLOS SACHICA APONTE	704,732
MARCELINO ÑUSTES CAMPOS	955
MARIA DE LOS ANGELES SANTACRUZ DE MEDINA	583
MARIA ELENA ZABALA BETANCUR	224
MARIA TERESA PANQUEVA Y OTROS	338
MARIANA ARELLANO DE GARCES Y OTROS	818
MIKE BARACALDO RAMIREZ	475
MINISTERIO PUBLICO - JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA	246
MUNDOSEGUROS LTDA.	462
MUNICIPIO DE VALLEDUPAR	1009
MYCOM DE COLOMBIA LTDA.	882
NERIO JOSE MARTINEZ DITTA	422
OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. OXY	431
OLGA BERNAL DE UNDA Y OTROS	398
OLIVETTI COLOMBIANA S.A.	849
OSCAR PALOMAR VILLANUEVA	1015
PAVIMENTOS Y CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA "PAVICOL" LTDA.	666
PELICULAS EXTRUIDAS S.A.	524
POLIOLEFINAS COLOMBIANAS S.A. "POLICOLSA"	488
RAFAEL ARENAS ANGEL	470,696
RAMON DE LA TORRE LAGO	652
SENA	259
SUCROMILES S.A.	829
TESORERIA DE SANTAFE DE BOGOTA	982

CONSEJO DE ESTADO

INDICE TEMATICO

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1994

(Segunda Parte)

SECCIONTERCERA

A

ACCION DE CUMPLIMIENTO 114

ACCION DE DOMINIO 308

ACCION DE NULIDAD 114, 200

ACCION DE NULIDAD–Improcedencia 112

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO–Finalidades 112

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO–Improcedencia 112

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO–Titularidad 112

ACCION DE REPARACION DIRECTA 398

ACCION DE REPARACION DIRECTA–Especie 400

ACCION DE REPARACION DIRECTA–Improcedencia 87

ACCION POLICIVA–Ineficacia 399

ACCION POPULAR–Trámite 115

ACCION POSESORIA–Requisitos 399

ACCION REAL 308

ACCION REIVINDICATORIA 309

ACCIONES CONTRACTUALES 207

ACCIONES POPULARES 114

ACCIONES POPULARES–Trámite 115

	Página
ACCIONES POSESORIAS	114
ACREEDOR–Demandante	78
ACTIVIDAD MINERA	399
ACTO ADMINISTRATIVO	162
	207
ACTO ADMINISTATIVO–Ejecutoriedad	289
ACTO DE ADJUDICACION DE BALDIOS	327
ACTOS CONTRACTUALES	207
ACTOS SEPARABLES	207
ACUMULACION DE PROCESOS	109
ADJUDICACION DE BALDIOS	162
	246
ADJUDICACION DE BALDIOS–Requisitos	327
AGUA–Utilización	97
ANULACION LAUDO ARBITRAL–Causales	260
ARBITRARIEDAD–Existencia	16
ARBITRO–Nombramiento	259
ARBITRO-Requerimiento	259
ARMERO	338
B	
BENEFICIO FISCAL–Aplicación	16
BIEN DE USO PUBLICO–Imprescriptibilidad	246
BIEN DE USO PUBLICO–Inenajenabilidad	246
BIEN DE USO PUBLICO–Playas	246
BIEN FISCAL	246
BIEN INMUEBLE	78
	399
BIEN INMUEBLE–Invasión	399
BIEN RURAL	115
BIENES DE USO PUBLICO	114
C	
CADAVER–Desaparición	176
CADUCIDAD DE LA ACCION	246
CADUCIDAD DEL CONTRATO–Inexistencia	207

	Página
CAI	176
CAMPO CONCESIONADO	289
CAPTURA Y CUSTODIA DE PERSONAS	176
CAR	114
CARGA DE LA PRUEBA	128
CESION DE DERECHO	398
CLAUSULA DE CADUCIDAD–Inaplicación	16
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL–Aplicación	422
COMPETENCIA	97
	200
	259
	398
CONSEJO DE ESTADO	259
CONTAMINACION	97
CONTRATO	16
CONTRATO DE CONCESION	289
CONTRATO DE DERECHO PRIVADO	16
CONTRATO DE OBRA PUBLICA	236
CONTRATO DE OBRA–Vigencia	208
CONTRATO DE SOCIEDAD	200
CONTROVERSIA CONTRACTUAL	17
	200
COSA JUZGADA–Improcedencia	399
CULPA DE LA VICTIMA–Negligencia e Imprudencia	78
CUSIANA (Salvamento de Voto)	321

D

DAÑO ANTIJURIDICO	9
	422
DAÑO ESPECIAL	9
DELINCUENTE–Víctima	177
DEMANDA–Ineptitud	87
DERECHO DE PROPIEDAD	399
DERECHO DE PROPIEDAD–Gravamen	400
DERECHO LITIGIOSO	400
DERECHO SUBJETIVO, INDIVIDUAL Y CONCRETO–Inexistencia	112

	Página
DERECHOS COLECTIVOS	114
DERECHOS HUMANOS	177
DEROGATORIA TACITA–Inexistencia	17
DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES	115
DETENCION ILEGAL	422
DETENIDO–Desaparición	176
DEUDOR–Incumplimiento	78
DICTAMEN PERICIAL–Valor Probatorio	163
DOMINIO–Declaración	308
E	
ECOPETROL	97
ECOSALUD	200
EJECUTORIA FORMAL	289
EJECUTORIA MATERIAL–Improcedencia	289
EMBARGO (Salvamento de Voto)	321
EMPLEADO–Derecho a ser Reubicado	87
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO– Régimen Privado	97
EMPRESA PRESTATARIA DE ENERGIA– Beneficio Tributario	16
ENTIDAD DESCENTRALIZADA DE SEGUNDO ORDEN	200
ENTIDADES PUBLICAS–Indeterminadas	398
ERROR JUDICIAL	422
ESPACIO PUBLICO–Defensa	114
ESTADO–Garantía Improcedente	78
ESTADO–Parte Demandada	398
ESTADO SOCIAL DE DERECHO	65
EXCEPCION	398
EXCEPCION–Improcedencia	398
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (Salvamento de Voto)	321
EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA–Improcedencia	207
EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD–Causales	338
EXPLOTACION AURIFERA	399
EXPLOTACION DEL SUBSUELO	399

	Página
EXPLOTACION ECONOMICA	327
EXPROPIACION–Inversa	400
F	
FALLA DEL SERVICIO–Inexistencia	79 399
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA	153 422
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL	176
FALLA DEL SERVICIO DE REGISTRO–Inexistencia	78
FALLA DEL SERVICIO DEL FONDO DE VIVIENDA POPULAR DE PEREIRA–Inexistencia	65
FALLA DEL SERVICIO MEDICO–Cesárea	128
FALLA DEL SERVICIO MEDICO–Inexistencia	128
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION–Derrumbe	224
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION–Inexistencia	224
FALLA EN EL SERVICIO DE VIGILANCIA	153
FALLO INHIBITORIO–Improcedencia	398
FALSA MOTIVACION	327
FALTA DE JURISDICCION	398
FUERZA MAYOR	338
FUERZA MAYOR–Características	338
FUERZA PUBLICA	177
G	
GARANTIA DE ESTABILIDAD	236
GARANTIA ESTATAL–Improcedencia	78
GASTOS DEL PROCESO	105
H	
HECHO ADMINISTRATIVO	398
HECHO PARTICULAR	398
HECHO PUNIBLE–Inexistencia	422
HIDROCARBUROS	289 308
(Salvamento de Voto)	321

	Página
HIPOTECA	78
HOMICIDIO	176
I	
ICCE	87
IMPACTO AMBIENTAL–Permiso	113
INDEBIDA REPRESENTACION–Inexistencia	398
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS–Improcedencia	399
INDEMNIZACION FUTURA–Base	9
INDEMNIZACION POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD	422
INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO	162
INTERES JURIDICO EN LAS ACCIONES	114
INVASION–Reubicación	65
IRRESISTIBILIDAD	388
J	
JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO	259
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	398
JURISDICCION ORDINARIA	97
L	
LA MENTIRA	177
LAUDO ARBITRAL TECNICO	260
LAUDO ARBITRAL–Procedimiento	259
LAUDO EXTRAPETITA	260
LEGITIMACION–Inexistencia	114
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA	112
LEY DE FOMENTO–Interpretación	17
LEY DEL MEDIO AMBIENTE	115
LEY ESPECIAL–Prevalencia	115
LEY INTERPRETATIVA (Salvamento de Voto)	321
LEY REFORMA URBANA	114
LICENCIA PARA LA EXPLORACION DE MATERIALES DE CONSTRUCCION	113
LIDER POLITICO–Escolta	153
LIDER SINDICAL–Escolta	153

	Página
LITIS CONSORCIO NECESARIO PASIVO	162
*LITIS*CONSORTE	400

LL

LLAMAMIENTO EN GARANTIA	105

M

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS JUDICIALES	309
(Salvamento de Voto)	321
MEDIO AMBIENTE–Defensa	114
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA	113
MINISTERIO PUBLICO–Funciones	105

N

NEGOCIO JURIDICO–Controversias	16
NEGOCIO JURIDICO–Entre Particulares	78
NEGOCIO JURIDICO PARTICULAR–Incumplimiento	79
NEXO CAUSAL	388
NEXO CAUSAL–Inexistencia	78
NORMA DEROGADA–Efecto Jurídico	16
NORMA PERMANENTE	115
NORMA TRANSITORIA	115
NORMA TRIBUTARIA–Vigencia	16
NULIDAD ABSOLUTA	200
NULIDAD DEL ACTO JURIDICO	308
NULIDAD DEL CONTRATO–Efectos	309
NULIDAD DEL TITULO TRASLATICIO DE DOMINIO–Efectos	308

O

OBLIGACION–Entre Particulares	78
OBLIGACION DE MEDIO	128
	153
OBLIGACION INSOLUTA	78
OBLIGACIONES CONTRACTUALES	289
OCUPACION	327
OCUPACION DE HECHO–Asimilación	400

	Página
OCUPACION PERMANENTE–Asimilación	400
OMISION ADMINISTRATIVA–Inexistencia	87
	399
OPONIBILIDAD DE LA SENTENCIA–Diferencias	162
OPOSICION ADMINISTRATIVA–Minera	113
P	
PAGO	105
PAGO–Improcedencia	207
PAGO INSOLUTO	79
PARTE ACTORA	128
	398
PARTE DEMANDADA–Aceptación Expresa	400
PARTE DEMANDANTE	400
PARTES	105
PATRIMONIO ECOLOGICO	113
PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA	207
PERJUICIO MATERIAL	97
PERJUICIOS MATERIALES A LESIONADO–Liquidación	9
PERJUICIOS MORALES	9
PETICION DE OPORTUNIDAD	109
PETICION DE PARTE	399
PODER–Requisito	398
POLICIA NACIONAL–Educación	177
POLIZA DE CUMPLIMIENTO	207
POLIZA DE GARANTIA–Exigibilidad	208
POLIZA DE SEGUROS	236
PRESCRIPCION–Término	289
PRESUNCION DE PERJUICIOS MORALES	9
PRESUNCION *IURIS TAMTUM*	162
PRESUNCION LEGAL	246
PRETENSION–Improcedente	400
PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL (Salvamento de Voto)	321
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	260
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	259

	Página
PROCESO ABREVIADO	115
PROCESO EJECUTIVO	115
PROCESO VERBAL	115
PROCESO VERBAL SUMARIO	115
PROPIEDAD–Declaración	308

R

RECURSOS NATURALES–Paisaje	113
REGISTRO–Gravamen	78
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA–Inexistencia	78 399
RESPONSABILIDAD CIVIL	97
RESPONSABILIDAD CIVIL–Obligación entre Particulares	78
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO–Guerrilla	9
RESPONSABILIDAD PENAL–Documento Falso	78
RESTITUCION DE INMUEBLE–Inexistencia	399
RESTITUCION DEL BIEN	308
RESTITUCIONES MUTUAS–Consecuencia	308
RETROACTIVIDAD DE LA LEY–Improcedencia (Salvamento de Voto)	321
REVERSION DE BIENES	289

S

SANEAMIENTO POR EVICCION	289
SECUESTRO (Salvamento de Voto)	321
SEMOVIENTES	97
SENTENCIA ABSOLUTORIA	422
SENTENCIA DE NULIDAD–Efectos	207
SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA ELECTRICA–Fomento	16
SERVIDUMBRE	399
SINIESTRO	236
SOCIEDAD CESIONARIA	398
SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS–Constitución	200
SOLIDARIDAD	65 338

	Página
SUSPENSION DEL PROCESO	109
SUSTITUCION PROCESAL	400
T	
TERCERO POSEEDOR	309
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	200
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO	259
Y	
YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS	309
Z	
ZONA RURAL	115
SECCION CUARTA	
A	
ABONO EN CUENTA	646
ACCION DE COBRO	666
ACCION DE LESIVIDAD	818
ACCION DE NULIDAD (Salvamento de Voto)	555 696
ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD	592
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Salvamento de Voto)	555
ACTIVIDAD COMERCIAL	939
ACTIVIDAD EXENTA	770
ACTIVIDAD FIDUCIARIA	874
ACTIVIDAD INDUSTRIAL	939 488
ACTIVO NO MONETARIO	587
ACTO ADMINISTRATIVO	462 542 737
ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL	696

	Página
ACTO DEFINITIVO	696
ACTO PREPARATORIO–Inexistencia	697
ACTUACION ADMINISTRATIVA	736
ACTUACION POR COMISION	735
ACTUACION POR DELEGACION	735
ADICION DE INGRESOS	784
ADMINISTRACION TRIBUTARIA	682
AGENTE RETENEDOR	431
AJUSTE A INGRESOS	915
AJUSTE POR INFLACION	503
	815
	905
	915
AJUSTES POR INFLACION	539
	587
	915
APORTE PARAFISCAL	444
ASIENTO CONTABLE	573
AUTOMOTORES NACIONALES	770
AUTOMOTORES NACIONALES–Fabricación	770
AUTORIDAD CAMBIARIA	705
AUTORIDAD CREDITICIA	705
AUTORIDAD MONETARIA	705
AUTORETENCION	531
B	
BANCOS	452
BASE GRAVABLE	452
	503
	618
	698
	809
	939
BASE GRAVABLE–Disminución	770
BASE IMPONIBLE	849
BEBIDA GASEOSA	736
BIEN EN MONEDA EXTRANJERA	504

	Página
BIEN EXENTO	736
BIEN GRAVADO	736
BIENES–Clases	494
BONIFICACION	444
BONIFICACION HABITUAL	866
C	
CAMBIOS INTERNACIONALES	705
CASAS DE CAMBIO	706
(Salvamento de Voto)	732
CASO FORTUITO	542
CERT–Requisitos	557
CERT–Término de solicitud	557
CERTIFICADO BIMESTRAL DEL IVA	736
CERTIFICADO CONTABLE–Restricción	495
COBRO COACTIVO	818
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	735
CODIGO DE REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL–Aplicación	452
COMISIONES	829
COMPAÑIA DE VIGILANCIA	784
COMPETENCIA FUNCIONAL	592
	682
	735
	752
	925
CONFESION	866
CONFISCATORIEDAD–Improcedencia	683
CONSEJO DE ESTADO	592
CONTABILIDAD PRESUPUESTARIA	666
CONTADOR PUBLICO	495
CONTRATISTA DE OBRAS PUBLICAS	666
CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL	829
CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION	531
CONTRATO DE MUTUO CIVIL	583
CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS	625
CONTIBUCION DE VALORIZACION	652

	Página
CONTRIBUCION ESPECIAL	470 698
CONTRIBUYENTE NO DECLARANTE	593 858
CONTRIBUYENTE–Deberes	784 843
CONTRIBUYENTE–Deberes formales	696
CONVALIDACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO (Salvamento de Voto)	934
COSTO FISCAL	539 815
COSTOS	761 784
COSTOS–Requisitos	785
CREDITO–Intereses	583
CUENTA CORRECCION MONETARIA	503 587

D

DECLARACION ANUAL DEL IVA	736
DECLARACION DE IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS	494
DECLARACION DE RENTA	696
DECLARACION DE RETENCION EN LA FUENTE	432
DECLARACION TRIBUTARIA	696
DECRETO LEGISLATIVO–Efectos	706
DEDUCCION PAGOS AL EXTERIOR–Restricción	829
DEDUCCION TEORICA	539 815
DEDUCCION TEORICA–Ajuste	915
DEDUCCION TEORICA–Cálculo	587
DEDUCCION TEORICA–Determinación	915
DEDUCCIONES	761 784
DEDUCCIONES–Requisitos	785
DEPOSITO EN GARANTIA	874
DEPRECIACION FLEXIBLE	866

	Página
DERECHO DE DEFENSA	462
DESCUENTO CONDICIONADO	618
DESCUENTO NO CONDICIONADO	618
DESCUENTO TRIBUTARIO–Improcedencia	897
DEVOLUCION	909
	945
DEVOLUCION EN VENTA	618
DICTAMEN PERICIAL–Validez	658
DIFERENCIA EN CAMBIO	503
DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES	752
DISTRIBUIDOR DE COMBUSTIBLE	809
DIVIDENDO NO GRAVADO	858
DOBLE TRIBUTACION	829
	939
DOBLE TRIBUTACION–Inexistencia	829
DOCUMENTO FUENTE	573
DOCUMENTO EXTERNO	573

E

EMPRESA COLOMBIANA DE TRANSPORTE AEREO	897
EMPRESA EN PERIODO IMPRODUCTIVO	542
ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO–Representación	470
ERROR ARITMETICO–Inexistencia	761
ERROR ARITMETICO–Requisitos	761
ERROR DE TRANSCRIPCION	761
ESPIRITU DE JUSTICIA	531
EXCEPCION DE ILEGALIDAD	462
EXENCION MUNICIPAL	752
EXPORTADOR	557

F

FACTOR PRESTACIONAL	475
(Salvamento de Voto)	483
FACULTAD DE CORRECCION ARITMETICA	761
FACULTAD DE FISCALIZACION	735

	Página
FACULTAD IMPOSITIVA NACIONAL	592
FACULTAD SANCIONATORIA	682
FALLO INHIBITORIO–Improcedencia	542
FALSA MOTIVACION–Inexistencia	736
FONDO COMUN DE INVERSION	874
FORMULARIO DE DECLARACION	696
FORMULARIO DE DECLARACION–Instrucciones	470
FUERZA MAYOR	542
FUNCIONARIO INCOMPETENTE	925
G	
GASTOS DE ADMINISTRACION	829
GRAVAMEN ARANCELARIO	849
H	
HECHO GENERADOR	494
I	
IMPUESTO–Naturaleza	683
IMPUESTO A CARGO	909 945
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	503 939
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO–Ubalá	891
IMPUESTO DE REMESAS	829
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO	452 488 618 770 809
IMPUESTO MUNICIPAL DE ESPECTACULOS PUBLICOS–Medellín	752
IMPUESTO NETO DE RENTA	470 698
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	593 858 909

	Página
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS	494 736
INDICIO–Apreciación	866
INFORMACION TRIBUTARIA	843
INFORME TECNICO	735
INGRESO–Causación	625
INGRESO BRUTO	494
INGRESO DIFERIDO	625
INGRESO EXENTO	770
INGRESO EXENTO–Vigencia	770
INGRESO GRAVABLE	784
INGRESO GRAVADO	444
INGRESOS–Contabilización	583
INGRESO NETO	524
INGRESOS PARA TERCEROS–Inexistencia	784
INGRESOS VARIOS	452
INSPECCION TRIBUTARIA	625
INTERESES–Reconocimiento	646
INTERMEDIARIO CAMBIARIO (Salvamento de Voto)	732
INTERMEDIARIO DEL MERCADO CAMBIARIO	706
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	675

J

JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA (Salvamento de Voto)	704 732
JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA–Facultades	705
JURISDICCION CONTENCIOSA (Salvamento de Voto)	934
JURISDICCION CONTENCIOSA–Objeto	462
LEY MARCO	706
LEY MARCO DE CAMBIOS INTERNACIONALES	707
LIBRO DE ACTAS	658
LIBRO DE CUENTA Y RAZON	658

	Página
LIBRO DE INVENTARIOS Y BALANCES	658
LIBRO DIARIO	658
LIBRO MAYOR	658
LIBRO MAYOR Y BALANCES	658
LIBROS AUXILIARES	683
LIBROS DE CONTABILIDAD	658
	683
LIBROS DE CONTABILIDAD–Exhibición	882
LIBROS DE CONTABILIDAD–Valor Probatorio	573
LIBROS PRINCIPALES	683
LIQUIDACION DE AFORO	891
LIQUIDACION DE AFORO ADUANERO	849
LIQUIDACION DE REVISION	736
LIQUIDACION PRIVADA	531
	761
	909
	945

M

MARGEN DE COMERCIALIZACION	809
MEDIOS PROBATORIOS	735

N

NORMA CON FUERZA DE LEY	706
NOTIFICACION POSTAL	891
NULIDAD	925
NULIDAD–Procedencia	652
NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO (Salvamento de Voto)	934

O

OBLIGACION TRIBUTARIA	696
OBLIGACION TRIBUTARIA–Elementos	592
OBRAS DE MANTENIMIENTO	652

Página

P

PAGO 666
PAGO EN EXCESO 909
945
PAGOS A CASA MATRIZ 829
PASIVO 843
PASIVO–Comprobación 583
PATRIMONIO FISCAL 843
PATRIMONIO LIQUIDO–Ajuste 905
PENA 683
PERIODO IMPRODUCTIVO 524
PONY MALTA 737
PONY MALTA–Naturaleza 736
POSICION ARANCELARIA–Fijación 737
POTESTAD REGLAMENTARIA 705
(Salvamento de Voto) 483
PRESCRIPCION 818
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA 593
705
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA–Restricción 592
PRESUNCION DE LEGALIDAD 462
542
737
PRESUNCION DE VERACIDAD 866
PRINCIPIO DE CAUSACION 646
PRINCIPIO DE CONTRADICCION 462
PRINCIPIO DE EQUIDAD (Salvamento de Voto) 483
PRINCIPIO DE IGUALDAD (Salvamento de Voto) 483
PRINCIPIO DE LEGALIDAD 592
PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA 573
PRINCIPIO DE LIBERTAD ECONOMICA 704
PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD
(Salvamento de Voto) 483
PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO 462
779

	Página
PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM*	736
PRINCIPIO *NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALEGANS*	779
PROCESO DE DETERMINACION DE IMPUESTOS	735
PROVEEDOR NACIONAL	557
PRUEBA CONTABLE–Eficacia	858

R

REGIMEN SANCIONATORIO	432
RENTA EXENTA	475
RENTA LIQUIDA	625
RENTA PRESUNTIVA	543 858
RENTA PRESUNTIVA–Reducción	524 542
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	431
RETENCION EN LA FUENTE	431 592 909 945
RETENCION EN LA FUENTE–Causación	666
RETENCION EN LA FUENTE–Consignación	785
RETENCION EN LA FUENTE–Contabilización	666
RETENCION EN LA FUENTE–Imputación	531 666
RETENCION EN LA FUENTE–Objeto	666 909
RETENCION POR HONORARIOS	531
RETENCION POR RENDIMIENTOS FINANCIEROS	531
REVISORIA FISCAL–Desempeño	707
REVOCATORIA DIRECTA	818
(Salvamento de Voto)	934

S

SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO	697
SALARIO	444
SALARIO–Elementos	444

	Página
SALARIO INTEGRAL	475
(Salvamento de voto)	483
SALDO A FAVOR	909
SANCION DE INEXACTITUD–Improcedencia	452
SANCION POR INEXACTITUD	736
SANCION POR INEXACTITUD–Procedencia	897
SANCION POR LIBROS	682
SANCION POR LIBROS–Año base de liquidación	882
SANCION POR LIBROS–Base de imposición	682
SANCION POR LIBROS–Improcedencia	573
SANCION POR NO ENVIAR INFORMACION	843
SANCION POR RECONOCIMIENTO DE INTERESES SUPERIORES	646
SANCION POR RETENCION EN LA FUENTE–Efectos	431
SANEAMIENTO ADUANERO	779
SENTENCIA ESTIMATORIA	542
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO	818
SISTEMA DE CAUSACION	625
	666
SISTEMA DE DEPRECIACION	866
SOBRETASA A LA GASOLINA	675
SOCIEDAD EXTRANJERA	858
SUCURSAL	891
SUSPENSION PROVISIONAL	815
SUSPENSION PROVISIONAL–Improcedencia	779
	905
SUSPENSION PROVISIONAL–Procedencia	698
SUSTRACCION DE MATERIA (Salvamento de Voto)	555

T

TARIFA	592
TARIFA GENERAL	736
TERMINO PARA EXHIBICION DE LIBROS–Cómputo	882
TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO	488

Página

U

UTILIDADES RETENIDAS 858

V

VALOR NORMAL EN ADUANA–Características 849
VALOR NORMAL EN ADUANA–Determinación 849
VALOR PATRIMONIAL NETO 543
VENTA DE ACTIVOS FIJOS 494
VENTA EXCLUIDA–Efectos 494
VENTA NO GRAVADA–Efectos 494

SECCION QUINTA

A

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 964
ACTO DEMANDABLE 990
ACTO ELECTORAL–Inexistencia 964
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL–Facultades 1015
AUDITOR–Naturaleza de su Función 995

C

COMPETENCIA 967
CONCEJO DISTRITAL–Facultades 1015
CONCEJO MUNICIPAL 955
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA–Seccional 994
CONTRALOR–Elección 1015
CONTRALOR–Requisitos 1015
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL 990
CONTRALORIA DISTRITAL 990
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA–Función 990
CONTRALORIA MUNICIPAL 990
CONTRALORIAS–Funciones 990
CONTRATO DE SEGURO–Régimen Aplicable 973

	Página
CONTROL FISCAL	990
CREDITO FISCAL	990
E	
EXCEPCION DE PRESCRIPCION	973
EXCEPCIONES–Trámite	990
EXCEPCIONES PREVIAS–Improcedencia	994
EXPERIENCIA ADMINISTRATIVA–Requisito	995
J	
JUICIO EJECUTIVO	973
JURISDICCION COACTIVA	967 973 990
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	990
L	
LEY DE CONTROL FISCAL	990
LIQUIDACION DE IMPUESTO PREDIAL	982
LIQUIDACION OFICIAL DE IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	1009
M	
MAGISTRADOS–Elección	994
MERITO EJECUTIVO	982
MESA DIRECTIVA–Elección	955
N	
NOTIFICACION POR ESTADO	967
NULIDAD ELECTORAL	955 1015
P	
PLEITO PENDIENTE–Inexistencia	955
PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA–Improcedencia	1009
PROCESO EJECUTIVO	990

	Página
PROCESO ELECTORAL	994
PROCESO ELECTORAL–Causales de Nulidad	994
Q	
QUORUM **DECISORIO**–Inexistencia	955
R	
REANUDACION DEL PROCESO	967
RECURSOS EN LA VIA ADMINISTRATIVA	1009
RESPONSABILIDAD FISCAL	990
S	
SANCION PECUNIARIA	990
SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO	964
SUSPENSION DEL PROCESO–Término	967
T	
TELECOM	1009
TELEGRAMA	967
TERNA	1015
TERNAS–Conformación	994
TITULO EJECUTIVO	973
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL–Funciones	994
V	
VIA GUBERNATIVA	1009

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE NORMAS DEMANDADAS, SUSPENDIDAS Y ANULADAS

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1994

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDOS 07 DE 1992 Y 012 DE 1993, ARTICULO 1o. DE LOS MENCIONADOS ACUERDOS Y PARAGRAFO 1o. ARTICULO 4 DEL ACUERDO 012, emanados del Concejo Municipal de Popayán.

Providencia : Auto de 6 de mayo de 1994
Expediente : 5503
Actor : CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigentes.

ACUERDO 011 DEL 10 DE DICIEMBRE DE 1992, EN LOS SIGUIENTES ARTICULOS: 01 A 068, 074 A 101, 103 A 125, 136, 140, 147, 148, 152 A 157, 161, 162, 169 A 173, 178, 179 Y 194, expedidos por el Concejo Municipal de El Doncello, por medio del cual se fija el presupuesto de rentas de ingresos y apropiaciones de gastos de dicho municipio para la vigencia fiscal de 1993.

Providencia : Sentencia de 26 de mayo de 1994.
Expediente : 2739
Actor : MEYER HURTADO PARRA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Anulado parcialmente.

ACUERDO 13 ARTICULOS 1o. Y 13 DEL 15 DE MARZO DE 1993, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla, mediante el cual se reglamenta el uso de los artículos pirotécnicos y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Sentencia de 9 de junio de 1994.
Expediente : 2941
Actor : HUGO SALAZAR PELAEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ACUERDO 014 ARTICULOS 1o., INCISO 1o. Y 8o. DEL 2 DE ABRIL DE 1993, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla, por el cual se ijan las tarifas del impuesto predial unificado, se establecen unos incentivos y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Auto de 10 de junio de 1994
Expediente : 5517
Actor : ALEJANDRO ORJUELA HERNANDEZ Y OTRO
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

ACUERDO 14 ARTICULO 40 DEL 3 DE MAYO DE 1991, expedido por el Concejo Municipal de Cali, por el cual se adopta el plan de desarrollo de ese municipio. **Decreta la nulidad de la expresión "Y/" contenida en el inciso 1o. del Artículo 40 del Acuerdo en mención.**

Providencia : Sentencia de 11 de mayo de 1994
Expediente : 2464
Actor : IVAN RAMIREZ WURTTEMBERGER
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

ACUERDO 017 DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1992, ACUERDO 06 DE 1977 Y ACUERDO 06 DE 1988, expedidos por el Concejo Municipal de Calarcá, por los cuales se declararon como de utilidad pública y se cambió de destinación unos terrenos.

Providencia : Auto de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2862
Actor : ALIRIA VALENCIA SEPULVEDA Y EDUARDO JARAMILLO OCHOA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ACUERDO 032 ARTICULOS 1o. Y 2o. INCISO 1 DEL 1o. DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Concejo Municipal de Cartago, por el cual se estableció una sobretasa al consumo de gasolina motor.

Providencia : Sentencia de 13 de mayo de 1994
Expediente : 5297
Actor : CARLOS FERNANDO OSSA GIRALDO
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Anulado.

ACUERDO 35 INCISO 3 DEL ARTICULO 73 Y DEL PARAGRAFO UNICO DEL ARTICULO 74 DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 1985, expedido por el Concejo Municipal de Cali, por el cual se estableció la forma de notificaciones por correo de las resoluciones proferidas por la División de Rentas.

Providencia : Sentencia de 17 de junio de 1994
Expediente : 5439
Actor : RUBEN DARIO RODRIGUEZ GARCIA Y OTROS
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigente.

OTROS ACUERDOS

ACUERDO 1o. ARTICULO 29 DE 1969, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Colombiana de Petróleos, por el cual se adoptaron los estatutos de dicha empresa aprobados por el decreto 72 de 1970 del Gobierno Nacional.

Providencia : Auto de 26 de mayo de 1994
Expediente : 9634
Actor : JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ
Ponente : Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Vigente.

ACUERDO 04 ARTICULOS 1o., 2o., 3o. y 4o., DEL 16 BDE MARZO DE 1993, por el cual se regula la explotación de modalidades de juegos de suerte y azar a través de terceros y la **RESOLUCION 0207 ARTICULOS 1o. Y 2o. DE 1o. DE SEPTIEMBRE DE 1992,** por la cual se señalan los trámites y requisitos para las apuestas de suerte y azar de los juegos intermedios y menores; expedidos por la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud.

Providencia : Auto de 10 de junio de 1994.
Expediente : 2906
Actor : JOSE JAMES CHAVES MUÑOZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

ACUERDO 0015 DEL 9 DE OCTUBRE DE 1990, expedido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, por el cual se fijó el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de dicha entidad.

Providencia : Sentencia del 26 de abril de 1994
Expediente : 5442
Actor : LA NACION - CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.
Ponente : Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Anulado.

ACUERDO 021 DEL ACUERDO 23 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-, por el cual se fijan tasas por la utilización del agua para compensar los gastos de protección y mantenimiento de la renovabilidad de los recursos acuíferos.

Providencia : Auto de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2875
Actor : EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ACUERDO 49 ARTICULO 29 DE 1990, del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado mediante el decreto 758 de 1990, por el cual se condicionó el derecho a sustitución pensional en favor del compañero o compañera permanente.

Declara nula la frase "QUE SIENDO CASADO ESTUVIESE SEPARADO LEGAL Y DEFINITIVAMENTE DE CUERPOS Y DE BIENES" del Acuerdo en mención.

Providencia : Sentencia de 24 de mayo de 1994
Expediente : 6273
Actor : IGNACIO CASTILLA C.
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO

ACUERDO 87 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, por el cual se reglamenta el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial.

Providencia : Auto de 15 de abril de 1994
Expediente : 9636
Actor : LUIS FERNANDO CAICEDO
Ponente : Dra. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
Suspendido.

ACUERDO 87 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, por el cual se reglamenta el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro en los cargos de carrera de la Rama Judicial.

Providencia : Auto de 29 de abril de 1994
Expediente : 9636
Actor : LUIS FERNANDO CAICEDO
Ponente : Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
Suspendido.

ACUERDO 87 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se reglamenta el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial.

Providencia : Auto de 19 de abril de 1994
Expediente : 9211
Actor : JAIRO MUÑOZ MARULANDA
Ponente : Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Vigente.

ACUERDO 87 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se reglamenta el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial.
Providencia : Auto de 14 de junio de 1994
Expediente : 9919
Actor : LUIS EVELIO HOYOS ZAPATA
Ponente : Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Suspendido.

ACUERDOS 00106 ARTICULO 74 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1993, por el cual se expide el estatuto general de la Universidad Surcolombiana; **004 DEL 27 DE ENERO DE 1994**, por medio del cual se establece el cronograma para la designación de Rector y se fijan parámetros para la respectiva consulta, y **0019 DEL 8 DE MARZO DE 1994,** por medio del cual se reglamenta el proceso de designación de Rector, expedidos por la Universidad Surcolombiana de Neiva, y contra las **ACTAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA, 004 DE 8 DE MARZO DE 1994 Y 005 DE 10 DE MARZO DEL MISMO AÑO. Decreta la suspensión provisional de los efectos del artículo transitorio 74 del acuerdo 00106 de 27 de diciembre de 1993.**
Providencia : Auto de 27 de abril de 1994
Expediente : 2876
Actor : ASOCIACION SINDICAL DE PROFESORES UNIVESITARIOS "ASPU" Y OTROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

CIRCULARES

CIRCULAR 004 DEL 9 DE AGOSTO DE 1993, expedida por el presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del Departamento Administrativo de la Función Pública, por la cual se hacen algunas precisiones respecto de algunas normas de carrera administrativa.
Providencia : Auto de 26 de mayo de 1994
Expediente : 2818
Actor : DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

CIRCULAR 004 DE 1993, de la Unidad Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
Providencia : Auto de 27 de mayo de 1994
Expediente : 5388
Actor : FELIX FRANCISCO HOYOS LEMUS
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigente.

CIRCULAR 009 DEL 29 DE JULIO DE 1993, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se aplica la tasa fijada en el Decreto 1168 de 1o. de julio de 1992, por concepto de títulos originados en el registro inicial de una marca y los referentes a la renovación.

Providencia : Sentencia de 20 de mayo de 1994.
Expediente : 2608
Actor : IGNACIO ESCOBAR URIBE
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

CIRCULARES EXTERNAS

CIRCULAR EXTERNA 007 NUMERAL 1o. DEL 12 DE FEBRERO DE 1993, expedida por la Superintendencia Bancaria, mediante la cual se determinó con base en el Plan Unico de Cuentas, PUC, los códigos de ingresos operacionales que conforman la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio de las entidades del sector financiero; y la Carta Circular 018 del 3 de marzo de 1993, expedida por la misma entidad.

Anuló los códigos 413505 y 413510 incluidos en la oración: "CON LOS VALORES REPORTADOS PARA CADA UNA DE LAS CUENTAS ANTERIORES, PARA CADA MUNICIPIO LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA CALCULARA LA BASE GRAVABLE....." contenida en el último párrafo de la circular externa 007 numeral 1 punto 1.2. anula en su totalidad el numeral 2 de la Carta Circular 018.

Providencia : Sentencia de 14 de abril de 1994
Expediente : 4950
Actor : ASOCIACION BANCARIA
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigente.

CIRCULAR EXTERNA 008 NUMERAL 1o. DEL CAPITULO DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LA REVISORIA FISCAL, DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1993, expedida por el Departamento Nacional de Cooperativas.

Providencia : Auto de 22 de abril de 1994
Expediente : 2824
Actor : JAIRO LEONARDO VELOZA RODRIGUEZ
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

CIRCULAR EXTERNA 050 DEL 27 DE OCTUBRE DE 1993, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, por la cual se imparten instrucciones contables

a los representantes legales, revisores fiscales, contadores de sorteos extraordinarios y loterías ordinarias y beneficencias que administran loterías.
Providencia : Auto de 25 de abril de 1994
Expediente : 2756
Actor : LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
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 14 de abrtil de 1994
Expediente : 2757
Actor : LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETOS DE ALCALDES

ACUERDO 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 : Sentencia 10 de junio de 1994
Expediente : 2695
Actor : LUIS MIGUEL PLATA CLAVIJO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 016 DE 22 DE ENERO DE 1990, expedido por la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá, por medio del cual se prolonga una competencia.
Providencia : Sentencia de 22 de abril de 1994
Expediente : 2709
Actor : JAIME IVAN ECHANDIA BOTERO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Anulado.

DECRETO 036 DEL 17 DE FEBRERO DE 1993, expedido por la Alcaldía Municipal de San Juan Nepomuceno, por medio del cual se creó el impuesto de vigilancia y seguridad ciudadana.
Providencia : Auto de 22 de abril de 1994

Expediente : 5442
Actor : LUIS MIGUEL DE ORO YEPES
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

DECRETO 0073 DEL 27 DE ENERO DE 1992, expedido por el Alcalde Municipal de Santiago de Cali, por medio del cual se autoriza a la Empresa Pance, para prestar el servicio público de transporte con vehículo tipo microbuses en la ruta Villa del Lagocentro - Villa del Lago.
Providencia : Sentencia de 10 de junio de 1994
Expediente : 2041
Actor : EMPRESA DE BUSES AMARILLO Y CREMA S.A.
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Anulado.

DECRETO 174, DE 23 DE MARZO DE 1991 Y DECRE5TO 225 DE 1994, expedidos por el Alcalde Mayor del Distrito Capital, sobre clasificación de empleos de libre nombramiento y remoción.
Providencia : Auto de 8 de abril de 1994.
Expediente : 8211
Actor : JAVIER SANCHEZ SEGURA
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Suspendidos.

DECRETO 290 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 1993, por el cual se adopta como presupuesto general de ingresos y gastos del Municipio de El Líbano, para la vigencia de 1994, el proyecto de acuerdo presentado por el Alcalde al Concejo, expedido por el Alcalde Municipal de El Líbano, Tolima.
Providencia : Auto de 20 de mayo de 1994
Expediente : 2890
Actor : RODOLFO MARTINEZ SENDOYA
Ponente : Dr. RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 337 DEL 13 DE ABRIL DE 1992, expedido por el Alcalde Mayor de Barranquilla, por el cual se corrige la estratificación del barrio Alboraya.
Providencia : Auto de 22 de abril de 1994
Expediente : 2861
Actor : VICTOR PACHECO RESTREPO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETOS 465 ARTICULO 1o. DE 19 DE AGOSTO, 467 ARTICULO 1o. DE 19 DE AGOSTO, 476 ARTICULO 1o. DE 24 DE AGOSTO Y 480

ARTICULO 1o. DE 27 DE AGOSTO, TODOS DEL AÑO DE 1993, expedidos por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., por los cuales se determina la composición de la Junta Directiva de las Empresas de Acueducto y Alcantarillado, Energía Eléctrica de Bogotá, Distrital de Servicios Públicos -EDIS-, y de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, y la forma de designación de sus miembros, respectivamente.

Decreta la suspensión provisional de los efectos de la expresión: "... QUE TIENE EL CARACTER DE EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL DISTRITO...", contenida en el artículo 1o. de los actos acusados.

Providencia : Auto de 14 de abril de 1994
Expediente : 2842
Actor : ANTONIO BUSTOS ESGUERRA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Suspendido.

DECRETOS 465 Y 467 DE 19 DE AGOSTO DE 1993, 476 DE 24 DE AGOSTO DE 1993 Y 3480 DE 27 DE AGOSTO DE 1993, APARTES DEL ARTICULO 1o., expedidos por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá: por los cuales se determina la composición de la Junta Directiva de las Empresas de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Energía Eléctrica de Bogotá, Distrital de Servicios Públicos - EDIS, y de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, y la forma de designación de sus miembros, respectivamente.

Providencia : Auto de 11 de mayo de 1994
Expediente : 2842
Actor : ANTONIO BUSTOS ESGUERRA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

DECRETO 568 ARTICULOS 1o., 4o. y 5o. DEL 27 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedido por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá: por el cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta el ingreso de vehículos clase bus y buseta al servicio público.

Mediante auto de 13 de mayo de 1994, se concede para ante la Sala Plena de esta Corporación, el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el actor.

Providencia : Auto de 22 de abril de 1994
Expediente : 2841
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 612 ARTICULOS 1o., 2o., 3o. y 5o. DEL 14 DE OCTUBRE DE 1993, expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., por el cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta el ingreso de vehículos clase microbús (taxi colectivo) al servicio público.

Confirmó el decreto de suspensión provisional de los efectos del artículo 2o. y revoco la suspensión de los artículos 1o., 3o. y 5o., mediante auto de 11 de mayo de 1994, se concede para ante la Sala Plena de esta Corporación el recurso extraordinario de súplica.

Providencia : Auto de 27 de abril de 1994
Expediente : 2873
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 613 DEL 4 DE OCTUBRE DE 1993, expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá. D.C., por el cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta el ingreso de vehículos clase taxi al servicio público.

Providencia : Auto de 6 de mayo de 1994
Expediente : 2872
Actor : ALVARO RAFAEL AGUILAR BOLAÑO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Suspendido.

DECRETO 0660 DEL 24 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Alcalde de Cúcuta, por el cual se adopta y liquida el Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio de San José de Cúcuta, para la vigencia fiscal de 1994.

Providencia : Auto de 19 de mayo de 1994
Expediente : 2892
Actor : CARLOS LUIS DAVILA ROSAS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Suspendido.

DECRETO 0805 PARAGRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 8 DE 28 DE JUNIO DE 1991, expedido por el Alcalde Municipal de Cali, por el cual se dictan normas reglamentarias sobre publicidad en el Municipio de Santiago de Cali.

Providencia : Sentencia de 10 de junio de 1994
Expediente : 2765
Actor : JUAN CARLOS ESPINAL LOPEZ
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 821 ARTICULO 103 DEL 28 DE OCTUBRE DE 1993, expedido por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

Providencia : Auto de 30 de junio de 1994
Expediente : 2960
Actor : EDGAR BULA ESPINOSA

Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Suspendido.

DECRETO 894 ARTICULO 2o. DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedido por el Alcalde Mayor de Barranquilla, por el cual se reglamenta la Feria Anual de Artículos Pirotécnicos.
Providencia : Auto de 22 de abril de 1994
Expediente : 2860
Actor : HUGO SALAZAR PELAEZ
Ponente : LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1705 INCISO PRIMERO DEL ARTICULO 90, DEL 12 DE DICIEMBRE DE 1991, expedido por el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali, por el cual se establece el reglamento de Espectáculos Taurinos del Municipio de Santiago de Cali.
Providencia : Auto de 15 de abril de 1994
Expediente : 2815
Actor : JORGE ALBERTO GUTIERREZ GOMEZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 1730 ARTICULOS 5o. INCISO 4o., NUMERAL 9o., Y 17 DEL 3 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali, por el cual se reglamentan los Juegos en dicho Municipio.
Providencia : Auto de 5 de mayo de 1994
Expediente : 2881
Actor : JUAN BERNARDO PAREDES
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETO 57 NUMERAL 3 DEL ARTICULO 3o. DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se expidió el régimen salarial de los funcionarios del Poder Judicial y el **DECRETO 0106 NUMERAL 3 DEL ARTICULO 2o. DE 1994,** cuyo texto es igual al anterior.
Providencia : Auto de 31 de mayo de 1994
Expediente : 9314
Actor : HECTOR A. CARVAJAL LONDOÑO
Ponente : Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Vigentes.

DECRETO 90 ARTICULO 12 DEL 12 DE ENERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen las escalas de asignación básica de los empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y se dictan otras disposiciones en materia salarial.

Providencia : Auto de 14 de junio de 1994
Expediente : 9787
Actor : JORGE OSORIO GIL
Ponente : Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Vigente.

DECRETO 94 ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL 15 DE ENERO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se fijan las condiciones y los porcentajes de partipación del Instituto de Investigaciones y Geociencias, Minería y Química -INGEOMINAS-, del Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas -INEA- y de Minerales de Colombia S.A. -MINERALCO- en la constitución de la sociedad Empresa Colombiana de Carbón Limitada -ECOCARBON- y se determina el grado de tutela administrativa.

Providencia : Sentencia de 15 de abril de 1994.
Expediente : 2273
Actor : JORGE ENRIQUE CASTRO BERNAL
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 94 DEL 15 DE ENERO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se fijan las condiciones y porcentajes de participación del Instituto de Investigaciones en Geociencias, Minera y Química-INGEOMINAS- del Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas - INEA- y de Minerales de Colombia S.A. -MINERALCO-, en la constitución de la sociedad Empresa Colombiana de Carbón Ltda. -ECOCARBON- y se determina el grado de tutela administrativa.

Providencia : Sentencia de 22 de abril de 1994
Expediente : 2403
Actor : GLORIA TERESA CIFUENTES HUETAS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 365 NUMERALES 6 Y 9 DEL ARTICULO 5o. DEL 11 DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3192 de 1983 y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Auto de 30 de junio de 1994
Expediente : 2877
Actor : ROMULO PERDOMO MEDINA Y OTRO

Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 374 DEL 11 DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 152 y 245 de la Ley 100 de 1993, y la Ley 9a. de 1979, en cuanto a la expedición de licencias y registros sanitarios de medicamentos, cosméticos, preparaciones farmacéuticas a base de productos naturales, productos homeopáticos, materiales odontológicos e insumos para la salud y se dictan otras disposiciones sobre la materia.

Providencia : Auto 20 de mayo de 1994
Expediente : 2896
Actor : GUILLERMO VARGAS AYALA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 439 DEL 23 DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el programa de ventas de las acciones de las entidades públicas en la Corporación de Ahorro y Vivienda Corpavi, y se ordenó notificar al señor Ministro de Gobierno.

Providencia : Auto 20 de 13 de mayo de 1994
Expediente : 2826
Actor : JULIO A. ROBERTO NIETO Y OTRO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 439 ARTICULOS 4, 6, 7 y 9 DEL 23 DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el programa de ventas de las acciones de las entidades públicas en la Corporación de Ahorro y Vivienda Corpavi, y se ordenó notificar al señor Ministro de Gobierno.

Providencia : Auto de 14 de abril de 1994
Expediente : 2836
Actor : GRACIELA GONZALEZ RIBON
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ A.
Vigente.

DECRETO 576 ARTICULOS 1o., y 2o., DEL 26 DE MARZO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se suspende transitoriamente el art. 2o. y se deroga el art. 9o. del decreto 2024 de 21 de agosto de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se determinan las normas sobre yodización y fluoruración de la sal para el consumo humano y se reglamenta el control de su empaque.

Providencia : Sentencia de 22 de abril de 1994
Expediente : 2544

Actor : PROCURADURIA DELEGADA PARA ASUNTOS AGRARIOS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
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 10 de mayo de 1994
Expediente : 2634
Actor : ARMANDO NOVOA GARCIA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 752 DE 22 DE ABRIL DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se suprimen unos cargos y se establece la planta de personal del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
Providencia : Sentencia de 29 de abril de 1994.
Expediente : 2569
Actor : LUIS ALFREDO CARDOZO CARDOZO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 814 ARTICULOS 6o., 9o. y 10 DEL 21 DE ABRILD E 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones que posee la Nación en el Banco Popular.
Providencia : Auto de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2919
Actor : LUIS ALBERTO SUAREZ SANZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1000 APARTES DEL ARTICULO 2o. Y LA TOTALIDAD DEL INCISO 2o. DEL ARTICULO 11 DEL 24 DE ABRIL DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 67 de 1993.
Providencia : Auto de 16 de junio de 1994
Expediente : 2944
Actor : FEDERACION NACIONAL DE CACAOTEROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1319 ARTICULO 1o. INCISO 8 DEL 9 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la expedición de licencias de construcción, urbanización y parcelación y de los permisos de que trata el Capítulo VI de la Ley 9a. de 1989.

Providencia : Auto de 15 de abril de 1994
Expediente : 2864
Actor : JOSE ALBENDEA PABON
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULOS 56, 1239, 130-8, 155, 156, 157, 159, 163, 164 INCISOS SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO, 165, 166, 167 Y 168 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 9 de 28 de junio de 1994
Expediente : 2902
Actor : LUIS ALFONSO VELASCO PARRADO Y OTRO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1572 DEL 12 DE AGOSTO DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen restricciones aplicables a las exportaciones de cigarrillos.

Declara la nulidad de los artículos 3o. y 4o.

Providencia : Sentencia de 12 de mayo de 1994
Expediente : 2646
Actor : MARIA ESPERANZA CABRERA CALIXTO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

DECRETO 1842 DE 22 DE JULIO DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios

Providencia : Auto de 15 de abril de 1994
Expediente : 2837
Actor : LUIS EDUARDO BOTERO HERNANDEZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1851 DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dictan disposiciones en materia aduanera

Providencia : Sentencia del 30 de junio de 1994

Expediente : 2666
Actor : MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2026 DEL 27 DE AGOSTO DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se promulga el acuerdo sobre transporte aéreo entre la República de Colombia y la República de Venezuela, suscrito en Bogotá el 8 de mayo de 1991.
Providencia : Auto de 15 de abril de 1994
Expediente : 2828
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
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.
Declara la nulidad de la expresión "A TRAVES DE CONTRATISTAS", contenida en al parte final del inciso 1o. del artículo 3o.
Providencia : Sentencia de 17 de junio de 1994
Expediente : 2721
Actor : ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

DECRETO 2110 ARTICULOS 66 A 80 Y 95 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.
Providencia : Sentencia de 15 de abril de 1994
Expediente : 2594
Actor : JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2110 ARTICULOS 66 A 80 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS".
Levanta la suspensión provisional de los efectos de la expresión relativa al plazo contenida en el artículo 69 y ordenada en auto de 21 de mayo de 1993.
Providencia : Sentencia de 17 de junio de 1994
Expediente : 2382
Actor : LUIS CARLOS RETIS CORREDOR
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 2112 ARTICULO 98 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Providencia : Sentencia de 15 de abril de 1994
Expediente : 2570
Actor : PABLO JOSE ACUÑA FERGUSSON
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2122 ARTICULOS 1o. NUMERALES 1 A 6, 8 A 14, 16 A 22; 2o. Y 4o. DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Comunicaciones.

Providencia : Sentencia de 30 de junio de 1994
Expediente : 2395 - 2393
Actor : OSWALDO HERNANDEZ ORTIZ Y ALIRIO URIBE MUÑOZ
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2127 ARTICULOS 39, 40 Y 55 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Educación Nacional.

Providencia : Sentencia de 29 de abril de 1994
Expediente : 2612
Actor : MARIA HELENA CAVIEDES CAMARGO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2128 ARTICULOS 2, 3, 5, 19 A 35, Y 37 A 39 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 17 de junio de 1994
Expediente : 2440
Actor : OLGA LUCIA PADILLA HERRERA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 2128 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Departamento Administrativo Nacional de Estadística "DANE".

Levanta la suspensión provisional de los efectos del Artículo 55 del Decreto 2118 de 1992, en la expresión "...DENTRO DE LOS SEIS (6) MESES SIGUIENTES A LA VIGENCIA DEL MISMO", decretada en el auto admisorio de la demanda.

Providencia : Sentencia de 24 de junio de 1994
Expediente : 2396 y 2470
Actor : JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ Y OTRO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2131 ARTICULOS 1o. A 24 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se suprime el establecimiento público de "Residencias Femeninas".
Ordenó estarse a lo dispuesto en sentencia de 27 de agosto de 1993, Exp. 2269, Actor: Arnulfo Sánchez, Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza, por la cual declaró la nulidad del Decreto mencionado.
Providencia : Sentencia de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2449
Actor : JUAN BAUTISTA PARRA GONZALEZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Anulado.

DECRETO 2132 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructuran y fusionan entidades y dependencias de la Administración Nacional
Providencia : Sentencia de 10 de junio de 1994
Expediente : 2537
Actor : MARICEL CRUZ MORENO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 2133 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se fusiona el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social y se reestructura el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
Providencia : Sentencia de 20 de mayo de 1994
Expediente : 2525
Actor : FABIO GILBERTO DIAZ DIAZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2135 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto Colombiano de Hidrología, Metereología y Adecuación de Tierras "HIMAT".
Providencia : Sentencia 17 de junio de 1994
Expediente : 2568
Actor : ANGEL IGNACIO RAMIERZ Y OTROS
Ponente : ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 2137 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA".
Providencia : Sentencia 17 de junio de 1994
Expediente : 2439-2630
Actor : YOLANDA SEPULVEDA R. Y OTRO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2140 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructuran las Corporaciones o Centrales de Abastos.
Providencia : Sentencia 12 de mayo de 1994.
Expediente : 2641
Actor : LUIS CARLOS SOTELO CORTES
Decisión : Deniega las súplicas de la demanda
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2144 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -EMCOPER S.A.
Levanta la suspensión provisional decretada en el auto de 4 de julio de 1993.
Providencia : Sentencia de 15 de abril de 1994
Expediente : 2409
Actor : JANETH VELASQUEZ MEJIA
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 : Sentencia de 12 de mayo de 1994
Expediente : 2275-2278-2298-2281-2327
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE Y OTROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2148 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales.
Providencia : Sentencia de 9 de junio de 1994
Expediente : 2410
Actor : ROSALBA GARIBELLO VELANDIA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2148 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales.
Providencia : Sentencia de 9 de junio de 1994
Expediente : 2288
Actor : ISABEL ANGELICA JIMENEZ MARIN
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". Hay solicitud de suspensión provisional.
Providencia : Auto de 23 de junio de 1994
Expediente : 2276-2308-2315-2326-2330 y 2321
Actor : JOSE DUVAN MARIN GALLEGO Y OTROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2155 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades.
Levanta la suspensión provisional de los efectos de las expresiones referentes al plazo contenidas en los Artículos 37, 38 y 55 del Decreto 2155 de 1992, ordenada en auto de 21 de mayo de 1993 en el proceso No. 2365.
Providencia : Sentencia de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2310-2365-2404
Actor : ALFREDO ELIAS RAMOS FLOREZ Y OTROS
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

DECRETO 2159 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se fusiona la Dirección Nacional de Estupefacientes con el Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes.
Levanta la suspensión provisional de los efectos del Artículo 42 decretada en el auto admisorio de la demanda de fecha 10 de junio de 1993.
Providencia : Sentencia de 9 de mayo de 1994
Expediente : 2461
Actor : AUGUSTO CESAR LOZADA SILVA
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

DECRETO 2166 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto Nacional de Salud.
Levanta la suspensión provisional de los efectos del Artículo 43 decretada en el auto admisorio de la demanda de fecha 10 de junio de 1993.
Providencia : Sentencia de 6 de mayo de 1994

Expediente : 2462
Actor : JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

DECRETO 2171 ARTICULO 160 DE 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprime, fusionan y reestructuran entidades de la Rama Ejecutiva del orden Nacional.
Deniega la suspensión provisional de los efectos de la expresión "A MAS TARDAR EL 31 DE DICIEMBRE DE 1993" contenida en el Artículo 160 del Decreto acusado.
Providencia : Auto de 15 de abril de 1994
Expediente : 2339-2344
Actor : ARMANDO NOVOA GARCIA Y OTRO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

DECRETO 2357 DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen los requisitos para la obtención de la licencia de funcionamiento de las empresas de Transporte que creen los empleados y exfuncionarios del Ministerio de Obras Públicas y Transporte del INTRA.
Mediante auto de 24 de junio de 1994, se denegó el recurso ordinario de súplica interpuesto contra el auto de 4 de marzo de 1994.
Providencia : Auto de 20 de mayo de 1994
Expediente : 2803
Actor : JOSE YESID RODRIGUEZ HERNANDEZ
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

DECRETO 2649 ARTICULO 2o. DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.
Providencia : Auto de 21 de abril de 1994
Expediente : 2854
Actor : MARIA TERESA GARCES LLOREDA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETOS DE MINISTERIOS

DECRETO 1221 ARTICULOS 21 NUMERAL 2o., 22 Y 23 DEL 8 DE JUNIO DE 1990, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se aprueba

el Acuerdo 60 de 24 de mayo de 1990, emanado de la Junta Directiva del ICFES, por el cual se determinan los requisitos mínimos para la creación y funcionamiento de los programas de derecho.
Providencia : Auto de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2918
Actor : RUBEN DARIO PEREZ MESA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

DECRETO REGLAMENTARIO 117 ARTICULO 25 DEL 14 DE ENERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
Providencia : Auto de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2904
Actor : EMILIANO REY ZUÑIGA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 117 INCISO 2o. DEL ARTICULO 25 DEL 14 DE ENERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
Providencia : Auto de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2907
Actor : FRANCISCO FLOREZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 171 INCISO 2o. DEL ARTICULO 1o. DEL 26 DE ENERO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Artículo 6 del Decreto 2651 de 1991.
Providencia : Auto de 10 de junio de 1994
Expediente : 2905
Actor : ALFONSO CRUZ ZAMORA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 353 PARAGRAFO 2o. DEL ARTICULO 2o. DEL DE 1984, expedido por el Gobierno Nacional, reglamentario de la Ley 9a. de 1983 en lo relativo a la exclusión de bienes del cálculo de la presunción.
Mediante auto de 1o. de julio de 1994, se dispone no reponer este auto.
Providencia : Sentencia de 22 de abril de 1994

Expediente : 5139
Actor : ALFREDO LEWIN FIGUEROA Y HECTOR JULIO BECERRA BECERRA
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Anulado.

DECRETO REGLAMENTARIO 380 ARTICULO 17 1986, que reglamenta algunas disposiciones del Decreto 2247 de 1984 contentivo del Estatuto Personal Civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional y de la **CIRCULAR 61330-CEITE-J-486 DEL 11 DE MAYO DE 1989,** expedida por el Comandante del Ejército, relacionada con la jornada laboral de los profesionales al servicio de la fuerza.
Providencia : Sentencia de 31 de mayo de 1994
Expediente : 4581
Actor : JORGE ANTONIO PEDRAZA PICON
Ponente : Dr. CLARA FORERO DE CASTRO
Vigentes.

DECRETO REGLAMENTARIO 401 ARTICULOS 2o. Y 3o. DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.
Providencia : Auto de 17 de junio de 1994
Expediente : 5612
Actor : LAUREANO GOMEZ ROBAYO
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 692 INCISO 2o. DEL ARTICULO 43 DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, reglamentario del Inciso 2o. del Artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sobre mesada adicional para actuales pensionados.
Providencia : Auto de 14 de junio de 1994
Expediente : 9791
Actor : NESTOR MORENO GUTIERREZ
Ponente : Dr. CLARA FORERO DE CASTRO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 0768 NUMERAL CUARTO DEL ARTICULO 1 Y LOS ARTICULOS 3 Y 4 DEL 23 DE ABRIL DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan los Artículos 2 literal f) del Decreto 2112 de 1992, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y 16 de la Ley 38 de 1989.
Providencia : Auto de 26 de mayo de 1994

Expediente : 2798
Actor : JORGE A. PEDRAZA PICON
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
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 2112 de 1992, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y 16 de la Ley 39 de 1989.
Providencia : Auto de 30 de junio de 1994
Expediente : 2798
Actor : JORGE A. PEDRAZA PICON
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 0768 NUMERAL 4o. DEL ARTICU-LO 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 2112 de 1992, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y 16 de la Ley 39 de 1989.
Providencia : Auto de 30 de junio de 1994
Expediente : 2798
Actor : JORGE A. PEDRAZA PICON
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 836 PARAGRAFO DEL ARTICULO 26 DEL 26 DE MARZO DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, sobre la retención en la fuente del salario integral.
Declaró la nulidad del parágrafo del Artículo 26 del Decreto Reglamentario 836 de 1991 que dice: "EL FACTOR PRESTACIONAL ANUAL A QUE SE REFIERE ESTE ARTICULO, CORRESPONDE A LA PROPORCION QUE REPRESENTA EL MONTO TOTAL CAUSADO POR PRESTACIONES SOCIALES EN EL AÑO INMEDIATAMENTE ANTERIOR, EN EL VALOR TOTAL DE LOS COSTOS Y GASTOS LABORALES CAUSADOS DEL MISMO PERIODO; EXCLUYENDO DE AMBOS VALORES LO CORRESPONDIENTE A LAS PENSIONES PATRONALES Y APORTES PARA LA SEGURIDAD SOCIAL. CUANDO LA EMPRESA INICIE ACTIVIDADES EN EL AÑO CUANDO LA MAYORIA DE SUS TRABAJADORES ESTEN SOMETIDAS AL REGIMEN DE SALARIO INTEGRAL, EL FACTOR PRESTACIONAL SERA DEL 30%".

Providencia : Sentencia de 14 de abril de 1994
Expediente : 5120
Actor : MIKE BARACALDO RAMIREZ
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

DECRETO REGLAMENTARIO 1001 ARTICULO 16 DEL 23 DE MAYO DE 1988, por el cual se reglamentan las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, expedido por el Gobierno Nacional sobre elección popular de Alcaldes.
Providencia : Auto de 21 de abril de 1994
Expediente : 2855
Actor : TULIO CESAR VILLALOBOS TAMARA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1127 ARTICULOS 1o. Y 2o. DE 29 DE ABRIL DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, reglamentario de los Artículos 3o. y 21 de la Ley 50 de 1990.
Providencia : Sentencia de 14 de junio de 1994
Expediente : 5909
Actor : PEDRO CHARRIA ANGULO
Ponente : Dr. CLARA FORERO DE CASTRO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1160 INCISO 3o. LITERAL a) DEL ARTICULO 20 DEL 2 DE JUNIO DE 1989, expedido por el Presidente de la República, por el cual se reglamentó la Ley 71 de 1988.
Providencia : Sentencia de 8 de abril de 1994
Expediente : 5334
Actor : CARLOS A. PATIÑO BELTRAN
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Anulado.

DECRETO REGLAMENTARIO 1531 DEL 12 DE JULIO DE 1990, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamentan los Artículos 3o. de la Ley 31 de 1984 y 79 de la Ley 21 de 1982 sobre subsidio familiar.
Providencia : Sentencia de 25 de abril de 1994
Expediente : 5935
Actor : CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1909 ARTICULOS 98 A 102 DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica parcialmente la legislación aduanera.

Providencia : Sentencia de 27 de abril de 1994
Expediente : 2658
Actor : LUIS HENAO VALLEJO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 2075 ARTICULO 21 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

Decreta la suspensión provisional de la expresión "...EL COSTO FISCAL DE..." utilizada en el primer inciso del Artículo 21. Mediante auto de fecha 3 de junio de 1994, se decide no acceder a reponer este auto.

Providencia : Auto de 22 de abril de 1994
Expediente : 5465
Actor : LIGIA SARMIENTO DE PEÑA
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE

DECRETO REGLAMENTARIO 2075 PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 21 DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Providencia : Auto de 29 de abril de 1994
Expediente : 5393
Actor : JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Suspendido.

DECRETO REGLAMENTARIO 2433 LITERALES a) Y c) DEL ARTICULO 2o. DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

Decreta la suspensión provisional de los efectos de los literales a) y c) del Artículo 2o. del acto acusado.

Providencia : Auto de 30 de junio de 1994
Expediente : 2957
Actor : JAIME VIDAL PERDOMO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

DECRETO REGLAMENTARIO 2591 ARTICULO 8o. DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional Estatuto Tributario.

Providencia : Sentencia de 24 de junio de 1994

Expediente : 5296
Actor : CARLOS ALFREDO RAMIREZ GUERRERO
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 2812 ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL 17 DE DICIEMBRE DE 1991 Y DECRETO 2866 ARTICULO 1o. DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1991, expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales fijo la tarifa de retención en la fuente por honorarios, comisiones y consultorías que tendrían vigencia a partir del 1o. de enero de 1992.
Mediante auto de fecha 3 de junio de 1994, se denegó la solicitud de aclaración.
Providencia : Auto de 29 de abril de 1994
Expediente : 4015
Actor : HECTOR RAUL CORCHUELO NAVARRETE
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Anulados.

ORDENANZAS

ORDENANZA 001 ARTICULO 208 DEL 12 DE JULIO DE 1990, por la cual se adopta el Código de Policía para el Departamento del Valle del Cauca, expedida por la Asamblea de dicho Departamento.
Providencia : Auto de 5 de mayo de 1994
Expediente : 2882
Actor : JUAN BERNARDO PAREDES
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ORDENANZAS 05 DE 10 DE DICIEMBRE DE 1991, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío, por la cual se conceden unas autorizaciones *pro-tempore* al Gobernador del Departamento para modificar la estructura administrativa de la Administración Departamental.
Providencia : Auto de 10 de junio de 1994
Expediente : 2791
Actor : JOSE JESUS LAVERDE OSPINA
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ORDENANZA 10, APARTES DE LOS INCISOS PRIMEROS DE LOS ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda, sobre el Presupuesto de Rentas y Recursos de

capital y apropiaciones para gastos, para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1993.
Providencia : Auto de 20 de mayo de 1994
Expediente : 22716
Actor : CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE RISARALDA
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ORDENANZA 032 DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedida por la Asamblea Departamental de Santander sobre el presupuesto general de la Contraloría Departamental de Santander para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1993.
Providencia : Sentencia de 10 de junio de 1994
Expediente : 2420
Actor : AQUILES TORRES BRETON
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Anulada.

RESOLUCIONES

RESOLUCION 003 DEL 6 DE ENERO DE 1984, expedida por el Director de Tránsito de Bucaramanga, por la cual se reglamenta la tramitación de diligencias y documentos ante la citada entidad.
Providencia : Auto de 23 de mayo de 1994
Expediente : 2901
Actor : ERNESTO CORREA RIVERA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 0003 DEL 26 DE MAYO DE 1981, expedida por el Director del Instituto Colombiano de Cultura "COLCULTURA", por la cual se actualiza el Manual de Funciones y Requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal de dicho Instituto.
Providencia : Sentencia de 17 de junio de 1994
Expediente : 2459
Actor : HERNANDO VICENTE RODRIGUEZ CAMACHO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 4 DEL 16 DE JULIO DE 1992, expedida por la Registraduría **RESOLUCIONES 2673 DEL 20 DE MAYO DE 1988,** por la cual se cancela la licencia de funcionamiento a la Empresa de Vigilancia Alianza de Seguridad Especial Limitada "ALCES"; y **5656 DEL 29 DE AGOSTO DE 1988,** por la cual se resuelve

un recurso de reposición contra la resolución antes mencionada, confirmándola; expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional.

Providencia : Sentencia de 9 de junio de 1994
Expediente : 2843
Actor : SOCIEDAD ALIANZA DE SEGURIDAD ESPECIAL LTDA. "ALCES"
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 005 DEL 12 DE ENERO DE 1991, por medio de la cual se adjudican unas rutas urbanas a la Empresa Colectivos Ciudad Ipiales S.A., y la **033 DEL 24 DE ABRIL DE 1991,** por medio de la cual se resuelve un recurso; expedidas por la Alcaldía Municipal de Ipiales.

Providencia : Sentencia de 17 de junio de 1994
Expediente : 2725
Actor : COOPERATIVA DE SUPERTAXIS DEL SUR LIMITADA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Anuladas.

RESOLUCION 10 DEL 24 DE JUNIO DE 1993, expedida por la Junta Directiva del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE", por medio de la cual se adopta el reglamento para la inscripción y actualización ante el registro único de proponentes, de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que aspiren a celebrar contrato de obras públicas con la Administración Distrital.

Pasó a la Sección Tercera por competencia.

Providencia : Auto de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2912
Actor : CARMILO E. CORTES BRUSCHI
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

RESOLUCION 22 ARTICULOS 4o., 5o. Y 7o. INCISO 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.

Concede para ante la Sala Plena de esta Corporación el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el actor.

Providencia : Auto de 15 de abril de 1994
Expediente : 2554
Actor : HUGO PALACIOS MEJIA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO

RESOLUCION 000039 DEL 22 DE FEBRERO DE 1993, expedida por la Contraloría Departamental del Huila, por la cual se adopta provisionalmente el presupuesto de la Contraloría Departamental del Huila para la vigencia fiscal de 1994.

Providencia : Auto de 15 de abril de 1994
Expediente : 2807
Actor : CARLOS ENRIQUE RIVERA ROJAS
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Suspendida.

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 6 de mayo de 1994
Expediente : 2763
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Suspendida.

RESOLUCION 435 ARTICULO 8o. DEL 5 DE ABRIL DE 1993, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se determinan los libros que deben llevar las Cámaras de Comercio para efectos del registro mercantil y se señala el procedimiento.
Providencia : Auto de 22 de abril de 1994
Expediente : 2838
Actor : JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 0699 ARTICULO 6o. Y 8o. DE MAYO 5 DE 1993, proferida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la cual se suspenden unos términos de caducidad de la acción de las infracciones cambiarias y de prescripción de las acciones.
Providencia : Auto de 6 de mayo de 1994
Expediente : 5102
Actor : JAIME HORTA DIAZ
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigente.

RESOLUCION 750 DE 10 DE FEBRERO DE 1988 Y 3079 DE 4 DE MAYO DEL MISMO AÑO, por las cuales el Ministerio de Defensa Nacional dispuso la cancelación de la licencia de funcionamiento que le había sido concedida a la Sociedad Seguridad El Condor Limitada por Resolución 4927 de 1o. de agosto de 1988.
Providencia : Sentencia de 27 de abril de 1994
Expediente : 2723

Actor : SOCIEDAD SEGURIDAD EL CONDOR LIMITADA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 01119 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 1989, por la cual se renueva el registro de la marca "BELMOT", y **0440 DEL 7 DE MARZO DE 1994,** por la cual se rechaza un recurso de apelación instaurado contra la Resolución antes mencionada; expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.
Providencia : Auto de 23 de junio de 1994
Expediente : 2903
Actor : SOCIEDAD INVERSIONES PLURIMARCAS S.A.
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 1186 DEL 6 DE AGOSTO DE 1970, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se adopta la clasificación nacional de ocupaciones al acoger en el subgrupo la definición y funciones del Técnico Electricista.
Providencia : Auto de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2856
Actor : ASOCIACION DE TECNICOS ELECTRICISTAS DE SANTANDER "ATES" Y OTROS
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

RESOLUCION 1215 DEL 24 DE DICIEMBRE DE 1992, expedida por el Alcalde Municipal de San José de Cúcuta, por medio de la cual se revoca una decisión.
Providencia : Auto de 20 de mayo de 1994
Expediente : 2572
Actor : SHAUSKI ISA BRAHIN SUS
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 1382 DEL 25 DE FEBRERO DE 1993, expedida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por la cual se modifica el Manual de Reglamentos Aeronáuticos.
Providencia : Sentencia de 27 de mayo de 1994
Expediente : 2543
Actor : JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 1395 DEL 15 DE MARZO DE 1989, por medio de la cual se canceló la licencia de funcionamiento a una empresa de vigilancia privada -Sociedad & Cía. Ltda.- y la **RESOLUCION 3970 DEL 1o. DE JUNIO DE 1989,** por la cual

se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anteriormente citada; expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional.
Providencia : Sentencia de 10 de junio de 1994
Expediente : 1564
Actor : SOCIEDAD ABRIL & CIA. LTDA.
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigentes.

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 1994,** expedida por la misma Entidad en la cual se deciden los recursos de reposición contra la Resolución anteriormente mencionada.
Providencia : Auto de 21 de abril de 1994
Expediente : 2611
Actor : JOSE ROBERTO SACHICA MENDEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

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 222 de abril de 1994
Expediente : 2766
Actor : NAUTICA APPAREL, INC.
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 2732 DEL 24 DE JULIO DE 1990, 1707 DEL 20 DE MAYO DE 1991 Y 3063 DEL 22 DE AGOSTO DEL MISMO AÑO, expedidas por la Superintendencia Bancaria.
Providencia : Sentencia de 14 de abril de 1994
Expediente : 5218
Actor : MUNDOSEGUROS LTDA.
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Vigentes.

RESOLUCION 3335 DE 15 DE JULIO DE 1993, expedida por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, por la cual se concede licencia de funcionamiento,

se autorizan unas rutas y horarios y se fija capacidad transportadora a la Cooperativa Multiactiva de Transportadores Simón Bolívar Ltda.

Providencia : Auto de 10 de junio de 1994
Expediente : 2915
Actor : COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES RAPIDO CHIMACOCHA LTDA. Y OTROS
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 31195 DEL 24 DE JUNIO DE 1993, expedida por el Ministro de Minas y Energía, por la cual se modifica parcialmente la Resolución No. 32780 de diciembre 28 de 1992.

Providencia : Sentencia de 14 de abril de 1994
Expediente : 2677
Actor : JHON JAIRO ZAPATA HOYOS
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Anulada.

RESOLUCIONES 4650 DEL 4 DE OCTUBRE DE 1993, por la cual se resuelven las propuestas presentadas a la publicación del oficio de la disponibilidad de horarios a la ruta - Cúcuta - Barranquilla y viceversa (vía Bucaramanga) y **02627 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1993,** por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anteriormente citada; expedidas por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

Providencia : Auto de 10 de junio de 1994
Expediente : 2898
Actor : COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTADORES LTDA.
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigentes.

RESOLUCION 8555 DEL 7 DE DICIEMBRE DE 1993, expedida por el Director General del "INPEC", por la cual se destina como lugares especiales de reclusión la Escuela de Artillería del Ejército Nacional y el Batallón de Policía Militar 13 de la Ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.

Providencia : Auto de 17 de junio de 1994
Expediente : 2953
Actor : JAIME PRIETO MENDEZ Y OTROS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 08747 DEL 12 DE AGOSTO DE 1993 EN SU ARTICULO 1o. LITERAL a), expedida por el Ministro de Defensa Nacional, por la cual se adopta

provisionalmente la estructura y funciones para la Policía Nacional.
Providencia : Sentencia de 14 de abril de 1994
Expediente : 2633
Actor : HUMBERTO DE JESUS PINEDA PEÑA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 010911 ARTICULOS 4o., 5o. PARAGRAFO, 7o. Y 9o. DEL 25 DE NOVIEMBRE DE 1982, del Ministerio de Salud, por la cual se determinan los requisitos para la apertura y traslado de las droguerías.
Providencia : Auto de 10 junio de 1994
Expediente : 2908
Actor : LEONARDO OSCAR ARANGO MORA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 31195 DEL 24 DE JUNIO DE 1993, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por la cual se modifica parcialmente la Resolución 32780 de 28/12/1992, por la cual se fija el precio de varios combustibles derivados del petróleo.
Providencia : Sentencia de 10 de junio de 1994
Expediente : 2677
Actor : JHON JAIRO ZAPATA HOYOS
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Anulada.

RESOLUCION 100000-070 ARTICULO 22 Y CONCORDANTES DEL 13 DE MARZO DE 1991, expedida por la Central Hidroeléctrica de Caldas, por medio de la cual, se establece el régimen de suspensiones del servicio eléctrico y las sanciones pecuniarias por el uso no autorizado o fraudulento del mismo y se revoca la Resolución 100000-410 de 18 de agosto de 1989, por la cual se reglamentó el Decreto 1303 de 19 de junio de 1989 y se expide nueva reglamentación.
Providencia : Auto de 13 de mayo de 1994
Expediente : 2869
Actor : PERSONERO MUNICIPAL DE MANIZALES
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Suspendidas.

RESOLUCION AN-01030 DEL 21 DE MARZO DE 1990, expedida pro la Superintendencia de Sociedades, por la cual se reconoce una personería y se autoriza a la Sociedad Pasteurizadora La Alquería colocar acciones, y la **AN-03384 DEL 23 DE MAYO DE 1990,** expedida por la misma Entidad, por la cual se deniega la admisión de un recurso interpuesto contra la primera de las Resoluciones mencionadas.

Mediante auto de fecha 10 de junio de 1994, se concede para ante la Sala Plena de esta Corporación, el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el actor.

Providencia : Sentencia de 3 de mayo de 1994
Expediente : 2637
Actor : LUIS SUAREZ CAVELLER
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigentes.

RESOLUCION EXTERNA 21 APARTES DE LOS ARTICULOS 88 Y 89 DEL 2 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República. Casas de Cambio.

Declara la nulidad en el inciso primero del Artículo 88 la expresión "DICHA AUTORIZACION SE OTORGARA PARA PERIODOS DE TRES (3) AÑOS VENCIDOS LOS CUALES DEBERA RENOVARSE"; en el inciso segundo del Artículo 88 la expresión "PREVIO CONCEPTO DEL CONSEJO ASESOR DEL SUPERINTENDENTE"; en el numeral 1 del Artículo 89 la expresión "DEBERAN ENCONTRARSE ORGANIZADAS COMO SOCIEDADES ANONIMAS"; en el numeral 2o. del Artículo 89 la expresión "SU CAPITAL PAGADO NO PODRA SER INFERIOR A LA SUMA DE TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS ($300.000.000). ESTA CIFRA SE REAJUSTARA ANUALMENTE DESDE 1994 EN UN PORCENTAJE EQUIVALENTE A LA VARIACION DEL INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR QUE CERTIFIQUE EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADISTICA, DANE"; en el numeral 3o. del Artículo 89 la expresión "EN CUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL ARTICULO 203 DEL CODIGO DE COMERCIO, DEBERAN CONTAR CON UNA REVISORIA FISCAL, LA CUAL SERA DESEMPEÑADA INDEPENDIENTEMENTE POR ASOCIACIONES O FIRMAS DE CONTADORES QUE DESIGNEN LAS RESPECTIVAS ASAMBLEAS GENERALES DE ACCIONISTAS DE LAS CASAS DE CAMBIO".

Providencia : Sentencia de 20 de mayo de 1994
Expediente : 5185
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APORTE
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

OTROS ACTOS

ACTA 08 DE 1993, DECISION TOMADA POR EL CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES EN SU SESION DEL 7 DE JUNIO DE 1993,

mediante la cual se ordenó incluir en el registro de patrimonio histórico de la Nación la casa localizada en la carrera 7 No. 72-49.
Providencia : Auto de 9 de junio de 1994
Expediente : 2871
Actor : SOCIEDAD AGUSTIN SANIN Y CIA.
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

CAPITULOS V Y VII del Reglamento de Servicios adoptado por la Electrificadora de Santander S.A.
Providencia : Auto de 16 de junio de 1994
Expediente : 2891
Actor : ASOCIACION DE TECNICOS ELECTRICISTAS DE SANTANDER
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

CONCEPTO 00178 DEL 1o. DE SEPTIEMBRE DE 1993, emanado de la División de Doctrina de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
Providencia : Auto de 6 de mayo de 1994
Expediente : 2811
Actor : EDGAR GUILLERMO PARRA CAMARGO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO

NOTA VERBAL DE 18 DE FEBRERO DE 1994, suscrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos -OEA- en que presentó el nombre del doctor CESAR GAVIRIA TRUJILLO, como candidato al cargo de Secretario General de dicha organización para las elecciones que se celebraron en la ciudad de Washington D.C. el pasada 27 de marzo del año en curso.
Providencia : Auto de 30 de junio de 1994
Expediente : 2916
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

RENGLONES 40 Y 35 para liquidar la contribución especial del 25% del formulario de declaración de renta de sociedades y personas naturales, respectivamente.
Decretó la suspensión provisional de las instrucciones siguientes contenidas en los formularios de las declaraciones de renta por el año gravable de 1993: "Renglón 39X25%" contenida en el Renglón 40 del formulario DIAN-77-

001.93 (grandes contribuyentes, sociedades y entidades sin ánimo de lucro). "Renglón 34X25%" contenida en el Renglón 35 del formulario DIAN-77.002.93 (personas naturales y sucesiones ilíquidas). Mediante auto de fecha 20 de mayo de 1994, se confirmó este auto.

Providencia : Sentencia de 14 de abril de 1994
Expediente : 5457
Actor : RAFAEL ARENAS ANGEL
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE

Este libro se terminó de imprimir
en los Talleres de la Empresa
Editorial de Cundinamarca,
Antonio Nariño, EDICUNDI,
en el mes de noviembre de 1995